l. 30. § 1. D. ad legem Aquiliam (9. 2.).

Beurteilung des Tatbestandes nach heutigem Recht.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT
ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

BODO LEIDLOFF
KAMMERGERICHTSREFERENDAR,
AUS MAGDEBURG.

Approbiert am 28. Februar 1912.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

BERLIN
Verlag von R. Trenkel
1912.

262

Referent:

Universitätsprofessor Dr. Binder.

Dem Gedächtnis meines Vaters.

Inhaltsangabe.

Seite

§ 1. Lex 30 § 1 D. ad legem Aquiliam und Übersetzung 11

Erstes Kapitel: Auslegung der lex 12

I. Grammatische Interpretation 12

§ 2. a) Vorbemerkungen 12

α) Aufgabe der grammatischen Interpretation.

β) Historisches über Paulus.

b) Erläuterung der Gesetzesworte 15

§ 3. 1. Pignori datus servus 15

§ 4. 2. Actio legis Aquiliae 19

§ 5. 3. Actio utilis 21

§ 6. 4. Litem tempore amisit 22

§ 7. 5. Hic est iniquum 25

§ 8. 6. Si nisi quis putaverit 27

§ 9. II. Gründe, die zur Annahme einer Interpolation führen 28

III. Logische Interpretation 30

A. Darstellung der Rechtssätze, soweit sie sich aus den dem Paulus zuzuschreibenden Worten ergeben 30

§ 10. 1. Der Pfandgläubiger hat in jedem Falle bei Vernichtung oder Beschädigung der Pfandsache eine actio utilis 30

§ 11. 2. Exkurs über die Wirkung der Prozeßverjährung 32

§ 12. 3. Beantwortung der Frage: in welchem Verhältnis stehen actio utilis und directa zueinander? 36

B. Darstellung der Rechtssätze, soweit sie sich aus dem interpolierten Texte ergeben 39

§ 13. 1. Der Pfandgläubiger hat nur in bestimmten Fällen bei Vernichtung oder Beschädigung der Pfandsache eine actio utilis . 39

§ 14. 2. Exkurs über die Wirkung der Klagenverjährung 41

§ 15. 3. Beantwortung der Frage: in welchem Verhältnis stehen actio utilis und directa zueinander? 44

Seite

Zweites Kapitel: Beurteilung des in lex 30 § 1 D. 9, 2 gegebenen Tatbestandes nach heutigem Rechte 45

Vorbemerkungen 45

1. Unterschied zwischen den Bestimmungen der lex Aquilia und der §§ 823 ff. BGB.

2. Formulierung des Tatbestandes.

§ 16. I. Wer ist zur Erhebung von Schadensersatzansprüchen berechtigt? 46

1. Der Pfandschuldner: wegen Verletzung seines Eigentumsrechtes.

2. Der Pfandgläubiger: wegen Verletzung.

a) seines Pfandrechtes.

b) seines Besitzes.

§ 17. Eskurs über die rechtliche Natur des Besitzes 50

§ 18. II. Welche Schadensersatzansprüche können vom Pfandschuldner und Pfandgläubiger geltend gemacht werden 51

1. wenn Naturalrestitution möglich ist? — einfachste Regelung des Tatbestandes —.

2. wenn Geldersatz zu erfolgen hat?

a) Höhe des Anspruches des Pfandgläubigers im allgemeinen.

b) Darstellung des Einflusses.

α) der Insolvenz des Schuldners.

β) der Verjährung der Schuldklage.

γ) der Rückgabepflicht des Pfandgläubigers.

c) Höhe des Anspruches des Pfandschuldners.

§ 19. III. Wie verhalten sich die Ansprüche der beiden Berechtigten zueinander? 58

Literaturverzeichnis.

Appleton, Henri, Des Interpolations dans les pendects et des méthodes propres à la decouvrir. Paris 1895.

Baron, Julius, Institutionen und Zivilprozeß i. Geschichte des röm. Rechts, 1. Teil. Berl. 1884.

Bauer, Begriff des Schutzgesetzes im § 823 BGB. 1903.

Bekker, E. G., Wirkung der Klagenverjährung i. Bekkers Jahrb., Bd. 4.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei d. Römern. Festgabe an J. C. Bluntschli. Leipzig 1880.

Binding, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. I, Strafrecht. 1883.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, Abt. 1. Erlangen 1879.

Büchel, Zivilrechtliche Erörterungen.

Dernburg, Pandekten, Bd. 1, Bd. 2. Berlin 1902/03.

Dernburg, Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt, Bd. I. Leipzig 1860.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. 1904/06.

Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes i. Archiv Ziv.Pr. Bd. 76.

Eccius-Küntzel, Erläuterungen zum bürgerlichen Recht, Beilg., H. 50.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., Bd. 1.

Hans Albr. Fischer, Der Schaden nach dem BGB. Jena 1903.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl.

Franke, Zivilistische Abhandlungen.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Sachenrecht. 1905.

Goldmann-Lilienthal, Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd II. 1903.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.

Grueber, The lex Aquilia. Oxford 1886.

Grueber, Zur aquilischen Klage des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers, im Arch. ziv. Pra. 1875.

Hasse, Die Culpa des röm. Rechts. Bonn 1838.

Heimbach, Basilicorum libri, Bd. V.

Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen. Leipzig 1883.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Erlangen 1901.
Jahrbuch des deutschen Rechts 1904. I. 1.
Jhering, Abhandlungen aus dem röm. Recht. Leipzig 1844.
Isay, Schadensersatzanspruch des Besitzers und des Eigentümers bei Beschädigung der Sache. Diss. Bonn 1908.
Keller, Über Litiskontestation und Urteil nach klassischem röm. Recht. Zürich 1827.
Kohler, Pfandrechtliche Forschungen.
Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen, i. Grünhuts Z. 13, S. 1—61.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Teil, Schuldrecht. Berl. 1906.
Kuhlenbeck, Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts, Bd. I, Institutionen, Rechtsgeschichte. München 1910.
Kuhlenbeck, Erläuterungen des BGB., Bd. 1.
Lenel, Edictum perpetuum.
Linde, Über Verjährung des Prozesses und der Litispendenz i. ZZP., Bd. II.
v. Liszt, Deliktsobligationen. Berlin 1898.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 17. Aufl.
Manigk, Geschichte der röm. Hypothek, Heft I. Breslau 1904.
Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Braunschweig 1859. Heft I.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, III., Sachenrecht.
Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 1826.
Neumann, Handausgabe des BGB., Bd. I, 5. Aufl. 1909.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl.
Oertmann, Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. Berlin 1901.
Oertmann, Die Fiducia.
Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach röm. Recht. Weimar 1867.
v. d. Pfordten, Bleibt eine obligatio naturalis übrig, wenn jemand, der wirklich Schuldner war, freigesprochen wird? Arch. ziv. Pr., Bd. 24.
Planck, Bürgerliches Recht nebst Einführungsgesetz, II., 3. Aufl. 1903.
Pusch, Bedeutung der Worte „oder ein sonstiges Recht“ in § 823 BGB. Diss. Jena 1909.
Püschel, Die Pfandklage des BGB. Diss. Göttingen 1903.
Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte, Bd. I.
v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts, V. Berl. 1841.
Schaeffer, Aktivlegitimation bei der actio legis Aquiliae und § 823 I BGB. Diss. Tübingen 1906.
Schmid, Grundlehren der Zession.

Schott, Über die akzessorische Natur des Pfandrechts, Dogm. Zeitschrift, Bd. 15.
Schwanert, Naturalobligation des römischen Rechts. Göttingen 1861.
Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. München 1900.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. I. Leipzig 1868—69.
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts.
Simon, Über die Selbständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle als solche in bezug auf nachstehende, an demselben Objekt haftende Pfandrechte im Arch. ziv. Pr. 41.
Sohm, Institutionen des röm. Rechts, 13. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. II u. III, 5./6. Aufl.
Stölzel, Das Verhältnis des Pfandgläubigers zu demjenigen, der die Pfandsache beschädigt oder vernichtet, i. Arch. ziv. Pr., Bd. 38.
v. Thur, Zur Schätzung des Schadens, in der lex Aquilia, i. Baseler Festschrift für Jhering.
v. Thur, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 1910.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III. Marburg-Leipzig 1876.
Voß, Zur Lehre vom ius offerendi, i. Dogm. Zeitschr., Bd. 15.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I. 1906. II.
Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts. Düsseldorf 1856.
Zitelmann, Internationales Privatrecht, II. Leipzig 1897.

l. 30 § D. 1 (9, 2) und Übersetzung.

§ 1.

Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio. (Paulus libro vicensimo secundo ad edictum.)

Wenn ein im Pfandnexus befindlicher Sklave von einem Dritten widerrechtlich getötet worden ist, so steht dem Pfandschuldner die actio legis Aquiliae zu. Aber es ist fraglich, ob auch dem Pfandgläubiger wegen seines möglichen Interesses, z. B. weil der Pfandschuldner zahlungsunfähig ist, oder weil der Rechtsstreit infolge Zeitablaufes verjährt ist, eine actio utilis gewährt werden muß. Aber hier, d. h. im bejahenden Falle [1]), erscheint es unbillig, daß der schädigende Dritte sowohl dem Eigentümer als auch dem Pfandgläubiger für den entstandenen Schaden hafte.

[1]) Krüger, Ed. hat hic statt hoc gesetzt; im Sinne gleichbedeutend bezweckt die Korrektur m. E. nur eine bessere Anknüpfung an den vorhergehenden Satz.

Diese doppelte Haftung träte jedoch nicht ein, sofern man annimmt, daß der Pfandschuldner in diesem Falle ja keinen Schaden erleiden werde, denn entweder — wenn der Pfandgläubiger nämlich die Ersatzsumme erhalten hat — könnte er diesem bis zur Höhe seiner Schuld das Erlangte anrechnen und ferner die Herausgabe des Überschusses, der Hyperocha, an sich verlangen, oder aber es müßte ihm von Anfang an die Klage auf den Betrag, um welchen seine Pfandforderung die Schuld übersteige, gegeben werden. Daher hat der Gläubiger in den Fällen, in welchen ihm wegen Insolvenz des Schuldners oder weil er den Prozeß verloren hat, die actio legis Aquiliae bis zur Höhe seiner Forderung — wie dies auch im Interesse des Schuldners liegen wird, da dadurch seine Schuld getilgt wird — der Schuldner selbst aber die actio legis Aquiliae auf den Betrag, um welchen die Pfandforderung die Schuldsumme übersteigt.

Erstes Kapitel.

Auslegung der lex.

Grammatische Interpretation.

a) Vorbemerkungen.

§ 2.

Das Wort ist der Boden, von dem jede Gesetzesauslegung auszugehen hat. Die Gesetzesauslegung hat vor allem die sprachliche Bedeutung des Gesetzeswortes nach den Regeln der Sprachwissenschaft festzustellen [1]).

So begründet und definiert Regelsberger die Aufgabe, die bei jedem Auslegen eines Gesetzes zunächst zu

---

[1]) Regelsberger, Pandekten, S. 145.

erfüllen ist und die allgemein als grammatische, sprachliche, sprachwissenschaftliche Interpretation [1]) bezeichnet wird.

Wenn nun auch diese Aufgabe im Hinblick auf die zur Zeit geltenden Gesetze in den Hintergrund getreten ist, da unsere gesetzgebenden Faktoren sich mehr und mehr bemühen, die neuen Rechtssätze in einfache und klare Ausdrücke zu kleiden, so ist sie doch immer noch von besonderer Bedeutung, wenn es sich darum handelt, fremdsprachliche oder auch solche Gesetze zu interpretieren, die aus einer früheren Periode unseres Rechtslebens stammen. Im letzteren Falle genügt es jedoch meines Erachtens nicht, die sprachliche Bedeutung der Gesetzesworte nach den Regeln der Sprachwissenschaft festzustellen. Denn das rein buchstäbliche Erfassen der Ausdrücke wird nicht immer zu dem beabsichtigten Ziele führen, aus der gegebenen Rechtsquelle die in ihr enthaltenen und niedergelegten Rechtssätze zu „gewinnen“ [2]). Aus diesem Grunde ist wohl der Definition Bindings [3]) der Vorzug zu geben, der die grammatische Interpretation als „Erschließung des vermutlichen Rechtsgedankens und Rechtswillens aus ihrem Ausdrucke“ bezeichnet. Sie ist, wie man ohne weiteres erkennt, in einer Beziehung weiter als die Definition von Regelsberger. Hier wird das Hauptgewicht nicht allein auf Feststellung der grammatikalischen Beziehung gelegt, sondern vielmehr auf eine vollkommene Klarlegung des in dem Gesetz, in der Rechtsnorm Gesagten. Jeder Zweifel, der etwa hier und da über die Bedeutung auch der einzelnen Worte auftaucht, muß durch die grammatikalische Interpretation beseitigt sein. Erst danach kann zur logischen Interpretation übergegangen werden, die ihrerseits wieder vielfach das Ergebnis der bloßen Buchstabeninterpretation berichtigen wird.

---

[1]) Kohler, Grünhutz Z. 13, 23 „Grammatische Umgrenzung des möglichen Gesetzesinhalts“. Binding, I § 97 „Erschließung des vermutlichen Rechtsgedankens und Rechtswillens aus ihrem Ausdruck“.

[2]) Sohm, Institut, S. 29.

[3]) Binding, I, § 97.

Namentlich nun, wenn wie im vorliegenden Fall eine lex des Corpus juris civilis Gegenstand der Auslegung ist, ist vorstehende Erörterung zu beachten. Denn wollte man sich hier nur darauf beschränken, die grammatikalischen Beziehungen festzustellen, so würde man meines Erachtens häufig nicht zu dem von Binding erforderten Resultate gelangen. Es würde dann vielmehr noch eine besondere Erörterung nötig und erforderlich sein, um die einzelnen juristischen Ausdrücke, deren Bedeutung hier vielfach streitig ist, zu erklären und auf eine bestimmte Bedeutung hin festzulegen. Denn bei der fortdauernden Weiterentwicklung, die das römische Recht bis zur Kodifikation in justinianischer Zeit und auch noch darüber hinaus durchgemacht hat, ist den terminis technicis, die von den einzelnen Rechtsgelehrten gebraucht und vorausgesetzt werden, eine verschiedene Bedeutung beizulegen, je nachdem in welcher Periode der Rechtsentwicklung die Verfasser der überlieferten Stellen gelebt haben. Von besonderer Wichtigkeit ist letzteres bei den Stellen, bei welcher die Kompilatoren ihre persönliche Ansicht durch Zusätze und andere Abänderungen zum Ausdrucke gebracht und dadurch den ursprünglichen Sinn der lex vollkommen verändert haben.

Es sei deshalb im vorliegenden zunächst auf das Leben des Verfassers der lex 30 § 1 D. (9, 2) eingegangen und darauf im Zusammhange nicht nur die grammatikalische Beziehung, sondern auch die Bedeutung der einzelnen juristischen Ausdrücke erörtert.

Paulus, von dem l. 30 § 1 D. 9, 2 herrührt, war zusammen mit Domitius Ulpianus und Papinian Zeitgenosse der Kaiser Septimius Severus und Caracalla, lebte also ungefähr um die Wende des II., Beginn des III. Jahrhunderts. Genauere Daten sind von ihm nicht bekannt. Von seinem äußeren Leben wissen wir, daß er als Sachverwalter von Heliogabal verbannt, dann von Alexander Severus zurückgerufen worden ist und später das Amt eines praetorio bekleidet hat[1]). Unter seinen zahlreichen Schriften,

[1]) Kuhlenbeck, Entwicklungsgeschichte, S. 310.

von denen die Sententiarum libri V im Brevarium Alaricianum Aufnahme gefunden haben, findet sich auch eine Pfandrechtsmonographie. Ihr Inhalt ist jedoch unbekannt, ebensowenig ist uns ihr vollständiger Titel überliefert worden. Jedoch geht auch aus den übrigen erhaltenen Schriften hervor, daß er dem Pfandrecht besonderes Interesse entgegengebracht hat[1]).

b) Erläuterung der Gesetzesworte.

§ 3.

Die zu interpretierende lex beginnt mit den Worten: pignori datus servus. Sie seien zunächst zum Gegenstande der Darstellung gemacht. Denn mag auch ihre Bedeutung für die Entscheidung der zur Erörterung stehenden Rechtsfragen von geringem Einfluß sein, von Wichtigkeit ist sie jedenfalls für die Ausdehnung, die dem aus der lex zu folgernden Resultate zu geben ist. In dem Satze: pignori datus servus si occisus est — — gibt Paulus den Tatbestand an, für den er die nachfolgenden Sätze aufstellt; seine Interpretierung bezeichnet also die Grenzen, innerhalb deren er die gefolgerten Rechtssätze gelten lassen will.

Unter pignori dare verstanden die Römer nun nicht immer eine bestimmte Art des Verpfändens, vielmehr ist dieser Ausdruck zunächst nur als eine Art Oberbegriff aufzufassen, der verschiedene Arten der Verpfändung in sich schließt und der erst, ungefähr zu Justinians Zeiten, als Spezialausdruck für eine bestimmte Unterart des Pfandgeschäfts Verwendung findet. Aus diesem Grunde erscheint es erforderlich, eine, wenn auch nur kurze Übersicht über die geschichtliche Entwicklung des römischen Pfandrechts zu geben.

Im altrömischen Recht gab es kein eigentliches Pfandrecht, d. h. kein besonderes unmittelbar der realen Sicherheit eines Gläubigers dienendes ius in re aliena. Nur be-

[1]) Manigk, Römische Hypothek, Heft 1, S. 123.

kannt waren „schon Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich den Erfolg einer Pfandbestellung — nämlich Sicherheitsleistung einer Forderung durch eine Sache — hatten“ [1]) und zwar entwickelten sich hier mit der Zeit drei verschiedene Formen [2]).

1. Fiducia cum creditore contracta Eigentumsübertragung in feierlicher Form durch iniure cessio oder mancipatio, jedoch mit dem Vorbehalt der Rückübertragung.
2. Pignus (im älteren Sinne) Übertragung zu juristischem Besitz.
3. Hypotheca (von Sohm genannt: besitzloses Pfandrecht). Bloße Vereinbarung ohne traditio und mancipatio.

Auf die unter 1. erwähnte fiducia näher einzugehen, erübrigt sich meines Erachtens, da dieselbe für die vorliegende Deduktion nicht in Frage kommt. Nur so viel möge gesagt werden, daß nach Oertmann [3]) die fiducia zur Zeit der Zwölf Tafeln oder doch wenig später praktisch in Geltung war, daß sie noch nach 326 angewendet wurde und erst dann allmählich immer mehr verschwindet, bis sie durch Justinian auch formell vollkommen aufgehoben wird. Was ihre Form anbetrifft, so ist sie nicht als ein selbständiger Rechtsakt noch als ein individuelles Geschäft im wirtschaftlichen Sinne anzusehen, sondern als ein Nebengeschäft zur mancipatio oder in iure cessio.

Beim pignus (im älteren Sinne) fand, wie schon oben erwähnt, Übergabe der Sache an den Gläubiger zu voll-

---

[1]) Sohm, Institut,, S. 436.

Oertmann, fiducia S. 79 Anm. 1: „Nur der Zweck ist pfandrechtlicher Natur, nicht die juristische Absicht.“ Und er fährt dann fort — freilich hauptsächlich in Hinblick auf das pignus irregulare, welche Worte jedoch auch für obige Fälle wohl ohne weiteres Geltung finden können —: „Wirtschaftlich ist alles Pfandrecht einheitlich und das ist Grund genug, auch jene Fälle unter dem Namen Pfandrecht zu begreifen.“

[2]) Unberücksichtigt möge hier bleiben die dem öffentlichen Recht angehörende und besonders gestaltete praediatura, ihr soll freilich nach Manigk, Gesch. d. Hypothek H. 1 S. 54 f. die römische Hypothek nachgebildet sein.

[3]) Oertmann, die Fiducia.

kommenem (juristischem) Besitz statt, nicht jedoch, wie bei der fiducia, zu Eigentum. Dieses behielt der Schuldner und demzufolge auch die rei vindicatio gegen jedermann. Der Gläubiger dagegen erhielt zwar den tatsächlichen Besitz, der auch durch possessorische Interdikte geschützt wurde, hatte aber kein dingliches Recht an der Sache und auch kein Verwertungsrecht. Diese Mängel, die den Gläubiger hinderten, bei Nichtbezahlung der Schuld die Sache zu verkaufen, und die nur zum Teil durch eine besondere Klausel, die lex commissoria, beseitigt werden konnten, waren wohl mit der Anlaß, daß sich noch eine weitere Form bildete, bei der dem Gläubiger das Recht eingeräumt wurde, nötigenfalls die Sache zum Zwecke der Befriedigung seiner Forderung zu veräußern.

Freilich nur ganz allmählich vollzog sich diese Entwicklung. Zuerst räumte der Praetor nur bei Verpachtung eines Grundstückes dem Verpächter ein „Pfandrecht" auf die dem Pächter gehörigen Inveckten und Illaten ein. Es entstand also hier ein Pfandrecht, dessen Begründung mit dem Ausdrucke: hypothecae oder pignori dare bezeichnet wurde, bei dem zwischen Gläubiger und Schuldner ohne Traditio oder mancipatio die bloße Vereinbarung getroffen wurde, daß gewisse Gegenstände als eventuelle Befriedigungsmittel dienen sollten. Zur Durchführung der ihm zugesicherten Rechte erhielt der Gläubiger ein interdictum Salvianum, das ihn befähigte, sich in den Besitz der für den Pachtzins verpfändeten Sachen zu setzen, und die actio Serviana, durch die er auch gegen Dritte sein Recht wirksam verteidigen konnte.

Nach und nach wurde die letztere Klage utiliter als actio quasi Serviana [1]) oder hypothecaria auch den anderen Pfandgläubigern gegeben. Damit war, durch die praetorische Rechtsentwicklung, das Pfandrecht entstanden. Denn da der Gläubiger außer diesem dinglichen Klagrecht auch noch das Verkaufsrecht erhielt d. h. das Recht, sich aus

[1]) 7. I. 4. 6.

der Sache befriedigen zu können, so waren hier alle Erfordernisse erfüllt, die für das Bestehen eines Pfandrechtes Voraussetzung sind. Nicht verwunderlich ist es, daß, nachdem, wie oben geschildert, die hypotheca entstanden war, die für diese dem Gläubiger zugestandenen Rechte auch bei den anderen Pfandrechtsarten, die ja immer noch fortbestanden, zugebilligt wurden, so weit dieses sich mit der Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrages vereinbaren ließ. Insbesondere stand nichts im Wege bei dem pignus im älteren Sinne dem Gläubiger gleichfalls das dingliche Klag- und das Verkaufsrecht einzuräumen. So tritt neben der hypotheca das pignus im neueren, heutigen Sinne.

Kehren wir nun zu unserem Ausgangspunkt zurück. Was hat Paulus unter pignori dare sagen wollen:

Besitzübertragung ohne dingliche Wirkung wohl keineswegs. Diese Art der Pfandbestellung war längst veraltet. Sicherlich jedoch Pfandbestellung durch Besitzübertragung, also das gemeinrechtliche Faustpfand, das deutschrechtliche Fahrnispfand, im Bürgerlichen Gesetzbuch heute genannt: Pfandrecht an beweglichen Sachen. Aber meines Erachtens kann damit auch die Konventionalpfandbestellung gemeint sein. Sie wird häufig freilich in den Quellen mit hypotheca bezeichnet, doch inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. (l. 5 § 1 D. de pign. (20,1). Auch aus der von Lenel in seinem Edictum perpetuum wiederhergestellten Formel der actio hypothecaria und actio pigneraticia in rem geht diese Gleichstellung beider Institute hervor:

Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res, qua de agitur, Aulo Agerio pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Negidium Numerium Aulo Agerio condemna. s. n. p. a.[1]).

[1]) Vgl. auch l. 1 D. 13, 7.

Es ergibt sich demnach für die vorliegende Stelle folgendes Resultat. Unter pignori datus servus kann Zwiefaches verstanden werden.

1. Gläubiger und Schuldner haben einen Konventionalpfandvertrag, die hypotheca im speziellen, jetzt üblichen Sinne geschlossen.
2. Gläubiger und Schuldner haben in betreff des Sklaven den Realkontrakt, das pignus, geschlossen.

Hieraus ist für den Standpunkt des Paulus zu folgern. Dadurch, daß er diesen Ausdruck pignori datus servus, gebrauchte, der nicht eine spezielle Art der damals üblichen Pfandbestellung, sondern allgemein die stattgefundene Verpfändung bezeichnet, bringt er zum Ausdruck: Die hier aufgestellten Rechtssätze gelten allgemein für jeden Pfandgläubiger und Verpfänder, gleichgültig, ob sie aus dem pignus oder der hypotheca berechtigt und verpflichtet sind. Nicht erforderlich ist es deshalb den Weg des Analogieschlusses zu betreten wie Stoelzel[1]) und Sintenis[2]) es tun, um außer dem pignus auch die hypotheca in den Kreis der Betrachtung mit hineinzuziehen.

In wessen unmittelbaren Besitz der Sklave zur Zeit der Tötung war, um auch dies der Vollständigkeit halber zu erwähnen, ist, auch wenn bloß der Realkontrakt pignus in Frage kommt, nicht zu entscheiden. Im Gegensatz zum deutschrechtlichen Prinzip der Publizität beim Pfandrecht kennt das römische Recht als Traditionssurrogat hier gleichfalls constitutum possessorium an, und welche Vereinbarung zwischen den beiden Beteiligten dahingehend getroffen ist, darüber ist nichts gesagt, die einzige Grundlage geben die Worte: pignori datus servus.

§ 4.

Unter actio versteht der Jurist, wie aus dem Titel, unter dem die lex steht und aus dem Zusammenhange

---

[1]) I. Arch. ziv. Pr. 39, 51.
[2]) Pfandrecht § 61 S. 593.

hervorgeht, die actio legis Aquiliae. Sie zu erheben war ursprünglich nur der Eigentümer der beschädigten oder vernichteten Sache berechtigt [1]). Dies geht deutlich aus den uns im Wortlaut erhaltenen Kapiteln I und III [2]) der lex Aquilia hervor.

Über die Entstehungszeit der lex herrscht Ungewißheit; nur soviel ist wohl als sicher anzunehmen, daß das Plebiszit schon vor 153 v. Chr. von einem gewissen Tribunen Aquilius rogiert worden ist [3]).

Von Bedeutung ist das Plebiszit besonders deshalb, weil es das einzige uns überkommene Gesetz über Sachbeschädigung ist, in dem ein allgemeines Prinzip aufgestellt wird. Denn wenn auch schon vorher gleichartige Gesetze erlassen worden waren, wie aus dem Anfang des Titels 9, 2 hervorgeht: lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis sive alia quae fuit, so sind sie doch nicht überliefert worden. Ulpian sagt: quae leges referre necesse non est [4]).

Sofern die beiden für den Tatbestand des damnum iniuria datum im Sinne des aquilischen Gesetzes erforderten Voraussetzungen: iniuria und culpa erfüllt waren, stand, wie gesagt, dem Eigentümer die actio legis Aquiliae zu, und zwar ging sie zunächst auf Entschädigung. Sie erhielt aber einen unbestimmten möglichen Strafzusatz dadurch, daß dem Kläger gestattet wird, für die Berechnung des Schadens einen früheren ihm günstigeren Zeitpunkt innerhalb gewisser Zeitgrenzen auszusuchen [5]). Auf diesem engumgrenzten Standpunkt in betreff der Aktiv-

---

[1]) Es wird daher auch im folgenden der debitor mit dominus bezeichnet.

[2]) l. 2 § 1 D. 9, 2; u. l. 27 § 5 cit.

[3]) Im übrigen vgl. Pernice, Sachbeschädigungen, S. 15ff.; Baron, Instit. 247; Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I § 41 Anm. 3; Windscheid-Kipp, II 973 Anm. 1 u. die dort angeführt. Literatur.

[4]) Betreffs des Inhalts der in den XII Tafeln vorhanden gewesenen Gesetze vgl. Pernice S. 1—10.

[5]) Savigny, System, V. S. 57.

legitimation konnte jedoch das römische Recht nicht stehen bleiben. Als die ursprüngliche starre Abgeschlossenheit des Eigentums gebrochen, als durch Anerkennung spezieller dinglicher Rechte dem Eigentümer koordiniert Berechtigte hinzutraten, da ergab sich die praktische Notwendigkeit, auch diesen im Falle der Beschädigung der Sache eine Schadensersatzklage zu geben [1]). Diesem Bedürfnis entsprach die Einrichtung der actio utilis.

§ 5.

So erhebt auch Paulus die Frage, ob dem creditor eine actio utilis zu gewähren sei. Unter einer actio utilis versteht man diejenige Klage, die der Prätor in Anlehnung einer schon bestehenden Klage, der actio directa, neu aufstellte, um ein früher beschränkteres Klagerecht später auf neue Fälle auszudehnen [2]).

Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. (l. 21 D. de praesc. verb. 19, 5.)

Einem gleichen Zwecke wie die actio utilis, also Erweiterung der lex Aquilia in subjektiver und objektiver Beziehung, diente die actio in factum. Sie sei hier in die Betrachtung mit hineingezogen, weil zwischen der actio in factum und actio utilis anscheinend nur ein Formelunterschied bestand, wie aus folgendem hervorgeht: Nota enim ex hoc capite aliud esse in factum et aliud utilem Aquiliam. Utilis quidem Aquilia est in factum; at in factum non est utilis Aquilia, haec enim latius patet et aliis casibus competit [3]) [4]).

Die älteste Form der actio utilis war vermutlich die actio fictitia. „Denn der Prätor schloß sich hier noch möglichst nahe an das Zivilrecht an, obwohl er dasselbe fortbildete“ [5]). Jedoch darf man deshalb nicht die actiones

[1]) Schaeffer, Aktivlegitimation, 2.
[2]) Savigny, 70.
[3]) Schol Basilicorum libri Heimbach, V. p. 324.
[4]) Vgl. auch Vangerow, Pandekten, S. 584.
[5]) Sohm, a. a. O. 301.

utiles mit den actiones ficticiae identifizieren. Wohl liegt eine Fiktion vor, wenn nach Gai. IV. 37 die actio legis Aquiliae als utilis für und wider einem Perigrinen gegeben wird, wenn nach l. 25 § 1 D. 9, 2 anstatt gegen den abwesenden Schuldner gegen den Tutor oder Curator vorgegangen werden kann. Nicht jedoch ist anzunehmen, daß die Fiktion bei Übertragung auf dinglich Berechtigte angewandt wurde [1]), obgleich auch ihnen die utilis actio beigelegt worden ist, wie hervorgeht aus: Si dominus servum suum occiderit bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur. (l. 17 h. c.) Die actiones fictitiae sind also nur eine Unterart der actiones utiles, die Fiktion ist nicht die einzige Art der Klageerweiterung. So hat der Pfandgläubiger eine actio in factum, wenn der Eigentümer den im Pfandnexus befindlichen Sklaven tötet. In anderen Fällen [2]) steht ihm eine actio quasi legis Aquiliae oder ad axemplum legis Aquiliae zu. Alle diese Klagen können und werden zusammengefaßt unter der Bezeichnung: actiones utiles [3]). Auf einem ähnlichen Standpunkt steht Savigny, der sagt, daß schon damals neben den actiones utiles, die als Fiktion in der Formel ausgedrückt wurden, es auch solche gab, denen der Name bloß in dem materiellen Sinne eines auf neue Fälle erweiterten Rechtsmittels gegeben wurde.

§ 6.

Die Einführung einer actio utilis, d. h. die durch das praktische Bedürfnis herbeigeführte Erweiterung eines Rechtsinstitutes, setzt einen Grund voraus für die Annahme, daß wirklich ein praktisches Bedürfnis vorliegt. Im folgenden mögen daher die von Paulus angeführten Gründe erörtert und besonders ihrer Bedeutung nach klargelegt werden. Nicht jedoch kommt es hier darauf an, festzustellen, in welchem Verhältnis die beiden quod-Sätze zu

[1]) Pernice 159.
[2]) Vgl. l. 27 D. 20, 1.
[3]) Pernice 160.

dem mit quia eingeleiteten Satze stehen. Sie können entweder als Begründung, Erläuterung, Einschränkung oder nur als von Paulus angeführte Beispiele angesehen werden. Beide Ansichten sind in der Literatur vertreten [1]). Welcher Lesart jedoch der Vorzug zu geben ist, das zu entscheiden ist erst dann möglich, wenn die lex ihrer Bedeutung nach im Zusammenhange betrachtet wird.

Bei der schon in den Quellen gegebenen Interpretation des solvendo esse: solvendo esse nemo intellegitur, nisi qui solidum potest solvere (lex 114 D. de verb signif. 50, 16) kann nur der Ausdruck litem tempore amittere einem Zweifel Raum geben. Anfänglich freilich herrschte kein Bedenken, daß Paulus hier das Institut der Klagenverjährung gemeint habe. „Nam creditor tamdiu habet actionem quamdiu tempus pendet, praeterlapso autem tempore ipso iure dominus fit ex pacto. Ex cap. 50 Tit. 7 lib. 25 discimus, etiam si personalis de debito actio triginta annorum lapsu perierit, creditorem tamen hypothecaria iuvari, si hypothecam habet: haec enim per quadraginta annos ei servatur, et per eam licet personalis actio ei perierit nullum circa debitum patitur, si intra tempus vigilaverit“ [2]). „Diese von den Basiliken vertretene Ansicht findet sich bei allen Gelehrten bis auf Glück“ [3]). Erst dann kam allmählich die Erkenntnis, daß Paulus hier nicht die Klagenverjährung, sondern nur die alte, zu Justinians Zeiten freilich schon in Vergessenheit geratene Prozeßverjährung gemeint haben könnte. Denn die actiones civiles [4]) und die actiones honorariae, — bei welchen letzteren freilich teilweise der Prätor ihre Geltendmachung an eine gewisse einzuhaltende Frist geknüpft hatte: so die actio iniuriarum, die ädilizischen

---

[1]) Schmidt, Zession, 175; Sintenis, Pfandrecht, S. 596; Schwanert, Naturalobligation, 436; Kohler, Pfandr. Forschungen, 224/5 als Beispiel. Als Einschränkung: Linde, Arch. ziv. Pr. 2, 188; Savigny, a. a. O. 396; Stölzel, a. a. O. 57.

[2]) Basilicorum libri Heimbach, V. 303.

[3]) Keller, Litiskontestation u. Urteil, 158 Anm. 5.

[4]) Ausnahme: actio inofficiosi testamenti in fünf Jahren.

Klagen, actio redhibitoria und quanti minoris, — waren ursprünglich actiones perpetuae. Erst allmählich und unabhängig von dieser Fristbestimmung machte sich ein anderer Gesichtspunkt geltend, nämlich die Berücksichtigung des Umstandes, daß ein Anspruch während langer Zeit nicht vom Berechtigten erhoben war. Diese „Verschweigung", deren Anerkennung nur in einigen Fällen durch Edikte der Provinzialstatthalter geregelt wurde, fand im übrigen von Fall zu Fall Berücksichtigung [1]), bis endlich durch die Kaiser Honorius und Arkadius im Jahre 424 n. Chr. eine allgemeine Klagenverjährung eingeführt wurde. Dieses wichtige Gesetz, das die Grundlage des ganzen Verjährungsrechts bildet, bestätigte alle bisher schon etwa geltenden Klagenverjährungen und führte im übrigen die 30 jährige Verjährung ein. Neben der ausdrücklichen Ausnahme der actio finium regundorum folgt auch durch argumentum e contrario aus l. 3. C. de ann. exc. 7. 40, die indirekte Ausnahme der Hypothekarklage gegen den Schuldner [2]). Diese also noch nach dem Jahre 424 unverjährbare Klage wurde erst durch ein Gesetz des Kaisers Justinus eine „actio temporalis", indem hier für sie die 40 jährige Verjährung vorgeschrieben wurde [3]).

Aus diesem kurzen geschichtlichen Überblick folgt meines Erachtens deutlich, daß Paulus nicht mit dem Ausdrucke: litem tempore amisit die Verjährung der persönlichen Schuldklage des Gläubigers bezeichnen konnte, da zu seiner Zeit das Institut der Klagenverjährung noch wenig entwickelt war. Zugegeben sei, daß späterhin das litem tempore amittere von dem Fall zu verstehen ist, in dem der Rechtsstreit nicht in der vorgeschriebenen Zeit rechtskräftig entschieden wurde und deshalb die Klage dem Gläubiger verloren ging. In diesem Falle ist lis gleichbedeutend mit actio [4]), worauf Franke hinweist, freilich,

[1]) Vgl. l. 26 D. 22, 3.
[2]) Savigny 275.
[3]) l. 7 pr. C. de Praesc. 30 (7, 39).
[4]) l. 36 D. 50 de verb. signif.

um darauf die meines Erachtens nicht richtige Ansicht zu stützen, daß der Jurist die Klagenverjährung gemeint habe[1]). Zur Zeit des Paulus bedeutete jedoch, wie aus dem Kommentar des Gaius hervorgeht, lis jeder kontestierte Prozeß. Denn Gaius selbst lebte noch unter Marc Aurel also am Ausgange des zweiten Jahrhunderts, während ja die Zeit des Paulus, wie oben gesagt, um die Wende des zweiten und dritten Jahrhunderts zu setzen ist. Dieser kontestierte Prozeß war nun einer kurzen Verjährung unterworfen, oder mit anderen Worten: jede von einem rechtsprechenden Magistrate erteilte formula wurde durch den Ablauf einer gewissen Zeit ungültig[2]). Diese Frist entsprach zunächst bei den iudiciis quae imperio continentur der jeweiligen Amtsdauer des Magistrats, später wurde sie jedoch allgemein auch auf die actiones civiles, die ihr zunächst nicht unterworfen waren, ausgedehnt und hier die Frist auf eineinhalb Jahre festgelegt (durch die l. Julia iudiciaria)[3]). Wendet man nun diese Vorschrift in betreff des mori oder expirare der iudicia auf den zu interpretierenden Ausdruck litem tempore amittere an, so ergibt sich, daß Paulus sagen wollte, der Pfandgläubiger kann die persönliche Schuldklage erhoben haben, sie ist aber in der vorgeschriebenen Zeit nicht zu Ende geführt worden und daher hat der creditor litem tempore amisit. Denn: „e lege Julia litem anno et sex mensibus mori". (Gaius h. t.) Die Prozeßverjährung ist im späteren Recht, d. h. in der Zeit nach unseren klassischen Juristen, verschwunden. Wie und wann dieses geschehen, ist unbekannt. Aus diesem Grunde ist oben darauf hingewiesen worden, daß wohl im justinianischen Rechte unter litem tempore amittere die Klagenverjährung verstanden ist.

§ 7.

An die aufgeworfene Frage, ob dem Gläubiger die actio utilis zu geben sei, schließt sich der Satz: sed hic

[1]) Franck, Zivil. Abhandlung, 77.

[2]) Keller, a. a. O. 152, vgl. Linde, a. a. O. 152 ff.

[3]) Vgl. Gaius, Komm. IV §§ 104, 105.

iniquum est et domino et creditori eum teneri. Im Hinblick auf das Vorhergehende und Nachfolgende sind diese Worte nicht ohne weiteres verständlich. Es ist nun verschiedentlich versucht worden, diesem Satze gerecht zu werden. Stölzel[1]) glaubt dies „hic est iniquum“ sei die Antwort auf eine vorher in Gedanken gestellte Frage: soll durch die Klage des Pfandgläubigers die des Eigentümers bzw. Pfandschuldners ausgeschlossen werden, oder sollen beide nebeneinander bestehen? Dagegen wendet sich Pernice[2]), da dies offenbar mit den Worten unvereinbar sei und auch der ganzen Deduktion zu widersprechen scheine. Mit Recht weist er darauf hin, daß die ganze Erörterung sich darum dreht, ob die aquilische Klage auch dem Gläubiger zu gewähren sei oder nicht. Seine weitere Folgerung, daß Paulus in dem Satz sein Bedenken darüber ausspricht, daß der Beschädiger doppelt haften müsse, sofern auch dem Gläubiger die Klage gegeben würde[3]), ist meines Erachtens nicht gerechtfertigt. Denn wie sollte Paulus dazu kommen, eine Iniquität gegen den Dritten anzunehmen? Schon Donellus macht darauf aufmerksam, daß nicht zweimal derselbe Gegenstand von dem Schädiger gefordert werden dürfe[4]), und ein gleiches betont Sintenis[5]). Auch ist zu berücksichtigen, „daß die Römer bei allen Strafklagen, hinsichtlich deren Ausübung Eigentümer und dinglich Berechtigte miteinander konkurrieren, entweder eine Solidarforderung oder eine Quotitätsteilung statuieren“[6]). Demgemäß deutet Manigk[7]) den Satz folgendermaßen:

„Es könnte dies zu Unbilligkeiten, und zwar natürlich

---

[1]) A. a. O. S. 52.

[2]) A. a. O. 202 Anm. 10.

[3]) Schmid, a. a. O. S. 172 und Grüber, The lex Aquilia, 123 stehen auf dem gleichen Standpunkt.

[4]) Donellus, Komm. XIII 135/139.

[5]) S. 598.

[6]) Manigk, 125.

[7]) Manigk, 124.

nur gegen den Eigentümer führen, denn wenn der Gläubiger gegen den Täter klagte und das Schuldige erhielte, so verlöre der Schuldner die lex Aquilia und würde zunächst nicht einmal frei von seiner Schuld."

Die grammatische Konstruktion ist hier etwas sehr gekünstelt. Es möchte meines Erachtens nicht angängig sein, das et-et, welches fast stets koordinierenden Charakter hat, so zu trennen, daß es einmal domino mit iniquum verbindet und dann zur Hervorhebung neben creditori tritt. Hiergegen spricht die Wortstellung. Aber dennoch ist wohl anzunehmen, daß gleiche Gedanken, wie sie hier Manigk ausgesprochen hat, Paulus beim Abfassen dieser Stelle bewegt haben. Dies hat schon vorher Gradenwitz in seinen Interpolationen [1]) angedeutet, indem er aus den nachfolgenden Worten: „nisi si quis putaverit" vermutet, daß Paulus versucht war, die Klage dem Gläubiger zu verweigern, um sie dem Schuldner zu überlassen. Jedoch konnte er dies nicht aus den obigen Worten: sed hic iniquum est herauslesen und folgert deshalb daraus, daß dieser Satz nicht an seiner richtigen Stelle stehe oder verstümmelt sei. Die Schuld hieran tragen nach seiner Ansicht die Kompilatoren, und er kommt daher aus diesem und noch manchen später anzuführenden Gründen zu der Folgerung, daß die lex interpoliert sei. Es kann in diesem Zusammenhange nicht näher darauf eingegangen werden. Nur soviel möge gesagt sein, daß im folgenden dieser Ansicht zugestimmt werden wird.

§ 8.

Nisi si quis putaverit . . . Die Bedeutung dieses Satzes ist ebenfalls vielfach streitig [2]). Folgt man der eben dargelegten Ansicht von Gradenwitz, so kann man hierin nur eine Begründung dafür sehen, daß neben dem Eigen-

---

[1]) Auf demselben Standpunkt steht Appleton: Des interpolations . . . S. 108.

[2]) Vgl. Pernice 201 ff.

tümer auch dem Pfandgläubiger die actio utilis gegeben wird. Das consecuturus ab eo auf den Schädiger zu beziehen, liegt meines Erachtens kein Grund vor [1]). Nicht recht hierzu will freilich die Fortführung des Satzes von vel ab initium ab passen. Gradenwitz [2]), Appleton [3]), v. Thur [4]) und Lenel sind deshalb zu dem Schlusse gekommen, daß von hier ab die Stelle interpoliert sei. Diesen Ausführungen muß trotz der von Manigk [5]) angeführten Gegengründe stattgegeben werden. Im folgenden mögen nun im Anschluß an diese Schriftsteller die Gründe dargelegt werden, die meines Erachtens diese Folgerung ergeben. Wegen dieser Ausführung erübrigt sich eine weitere grammatische Interpretation der lex.

Gründe, die zur Annahme einer Interpolation führen.

§ 9.

Anknüpfend an den oben erfolgten Hinweis auf die vorhandene Inkonzinität der Darstellung sei zunächst auf die sachlichen Widersprüche aufmerksam gemacht. Während im Anfange der lex Paulus dem Schuldner die aquilische Klage ohne weiteres zugesteht und erst nach einigem Zögern auch dem Gläubiger die actio utilis gibt, quia potest interesse eius, weil er erkennt, daß der Schuldner dadurch keinen Schaden erleiden werde, soll er nun in Erwägung ziehen, dem Schuldner nur in Höhe der ihm zukommenden Differenz die Klage zu geben. Aus welchem Grunde diese merkwürdige Beschränkung des Schuldners? Mit Recht weist hier Gradenwitz darauf hin, daß eine exceptio de

---

[1]) A. M. Pernice 202; dafür Schmid 172; Stölzel 52; Hellwig, Verpfändung 50.

[2]) A. a. O. S. 88 ff.

[3]) S. 106 ff.

[4]) S. 15.

[5]) S. 124 ff.

iure tertii vorliege, wenn „der Übeltäter dem Eigentümer entgegenhalten darf, daß dieser die Sache verpfändet habe". Wenn sich hiergegen Manigk wendet und anführt, daß Paulus nicht daran denke, den Schuldner auf die Differenzklage zu beschränken, und daher dem Täter bei einer Solidarklage nicht eine exceptio de iure tertii zustände, so ist meines Erachtens hiermit nichts bewiesen. Im Gegenteil, die Annahme scheint unhaltbar, daß Paulus dem Schuldner die Wahl gelassen hätte, welche Klage er erheben wollte. Denn was sollte wohl den Schuldner veranlassen, an Stelle der Solidarklage nur die Differenzklage anzustrengen. Es muß hier angenommen werden, daß der Satz von vel ab initio ab dem Standpunkt dieses Juristen gar nicht entspricht, sondern daß er in späterer Zeit hinzugesetzt wurde, als das Bewußtsein daran, daß die lex Aquilia ursprünglich nur dem Eigentümer zustand, erloschen und dafür der Gedanke, daß der Geschädigte Ersatz erlangen müsse, an die Stelle getreten war. Dieses tritt auch in den folgenden Worten hervor, wo die Insolvenz des Schuldners oder das litem tempore amittere nicht mehr wie oben als Motivierung, sondern als conditio sine qua non für eine actio utilis des Gläubigers angesehen wird. Unter dem Hinweis auf die genauere Ausführung von Gradenwitz, der auf den vollkommen unrömischen Ausdruck: in his casibus in quibus aufmerksam macht, und ferner die im zweiten Teile der lex sich vorfindenden Ausdrücke zusammenstellt, die nur mit geringen Variationen sich schon im ersten Teile finden, um auch diese als Beweismittel zu benutzen, gelange ich zu dem Ergebnisse, daß die l. 30 § 1 D. 9, 2 von vel ab initio ab interpoliert sei. Demgemäß ergibt sich für das Folgende eine duplex interpretio:

1. Darstellung der Rechtssätze, so weit sie dem Paulus zuzuschreiben sind, und
2. die gleiche Aufgabe nur mutatis mutandis vom Standpunkt der Kompilatoren.

Logische Interpretation.

A. Darstellung der Rechtssätze, soweit sie sich aus den dem Paulus zuzuschreibenden Worten ergeben.

§ 10.

Paulus erörtert hier die Frage, ob neben dem Schuldner auch der Gläubiger zur Erhebung der actio legis Aquiliae gegen denjenigen, der den im Pfandnexus befindlichen Sklaven getötet hat, aktiv legitimiert ist. Er unterstellt also hierbei, daß der debitor gleichzeitig dominus servi ist. Diesem stand nach dem oben Dargelegten ursprünglich allein die Klage zu. Erst allmählich treten neben ihn andere, die durch Verleihung einer actio utilis in den Stand gesetzt werden, auch ihrerseits Schadensersatz zu fordern. Ob und inwieweit nun dem Pfandgläubiger eine actio zustand, das ist besonders in der älteren Literatur [1]) vielfach erörtert und hierbei stets auf die l. 30 § 1 D. 9, 2 Bezug genommen worden, weil „darin nicht bloß die umfassendste Entscheidung über diese Frage, sondern auch deren Begründung vom Standpunkt des erwägenden Gesetzgebers enthalten ist“ [2]). Diesen letzten zitierten Worten muß auch jetzt noch zugestimmt werden, obgleich, wie oben nachzuweisen versucht ist, beinahe die Hälfte der lex nicht von Paulus stammt. Denn der noch übrig gebliebene Teil gibt noch Anhalt genug, um herauszulesen, welchen Standpunkt der Jurist hier eingenommen hat. Auf die vorhandene Literatur kann bei der nachfolgenden Betrachtung nur in geringem Maße Bezug genommen werden, da ja diese, beeinflußt durch den tribonianischen Text, zum großen Teil zu einem von der Paulinischen Meinung abweichenden Schluß gekommen ist.

---

[1]) Stölzel 47 ff.; vgl. auch die dort aufgeführte ältere Literatur; Jhering, Abhandlungen 54 ff.; Dernburg, Pfandrecht 397 ff.; Schmid 168 ff.; Pernice 200 ff.; Sintenis 596 ff.; Hellwig, a. a. O. 50 ff.; Grüber 123 ff.

[2]) Stölzel S. 50.

Hat der Pfandgläubiger eine actio utilis aus der lex Aquilia? Diese Frage ist im allgemeinen stets bejaht worden, indem eingeräumt wurde, daß der Pfandgläubiger an der Beschädigung oder Vernichtung der Pfandsache — diese Verallgemeinerung des Tatbestandes ist hier wohl berechtigt, weil unzweifelhaft die Tötung des Sklaven als konkretes Beispiel für jede Verletzung einer im Pfandnexus befindlichen Sache angesehen werden kann, — ein Interesse haben könnte. Jedoch wurde angenommen, daß dieses Interesse stets vorliege, und da sein Vorhandensein die conditio sine qua non zur Einräumung einer actio utilis ist, so folgt daraus, daß nur in bestimmten Fällen dem creditor die Klage gegeben wurde. Auch darüber herrschte Streit [1]), welches diese Fälle seien. Ob Paulus die Insolvenz des Schuldners, die Prozeßverjährung allein hierunter gerechnet hat, oder diese nur ad exempla aufführt. Hiergegen ist meines Erachtens einzuwenden, daß, sofern der Satz: et ideo in his casibus in quibus . . . unberücksichtigt bleibt, kein Grund vorliegt, die Worte des Paulus „quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit" anders aufzufassen, als eine Motivierung seines Vorhabens, dem creditor eine actio utilis zu geben. Hiermit wird auch der Streit, ob die Insolvenz des Schuldners oder die Prozeßverjährung conditio oder exempla für die zu gebende actio sei, hinfällig, denn nicht nur aus diesen angeführten Gründen, sondern stets hat der Verlust der Pfandsache an sich schon völlig abgesehen von allem anderen, eine Interessenverletzung des Pfandgläubigers zur Folge. Zur Erläuterung sei auf die Ausführungen von Kohler [2]) Bezug genommen: „Denn die Solvenz des Schuldners ist heute sicher, morgen unsicher, der Anspruch gegen den Schuldner manchen Fährlichkeiten ausgesetzt, möglicherweise noch nicht fällig usw." Auf dem gleichen Standpunkt steht auch Ulpian. Dies folgt aus l. 17 cit. si dominus servum suum occiderit

---

[1]) S. oben S. 23.

[2]) Forschungen 224.

. . . ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur. Hier wird ohne jede Einschränkung dem creditor eine actio in factum oder utilis gegen den dominus gegeben. Dominus kann nun sowohl der debitor als auch ein Dritter sein, der für den debitor den servus verpfändet hat. Dann ist der Tatbestand analog dem in lex 30 § 1 gegebenen. Ferner seien diejenigen Stellen angeführt, in denen dem Pfandgläubiger ohne jede Einschränkung auch andere Deliktsklagen, so die actio furti, condictio furtiva eingeräumt werden.

l. 12 § 2 D. 13, 1:

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

l. 12 § 2 D. 47, 2:

Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem et ita Julianus scripsit. ideo autem datur utrique, quia utriusque, interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Julianus saepissime scripsit.

Es ergibt sich demnach, als Ergebnis dieser Betrachtung; der Pfandgläubiger hat bei Beschädigung oder Vernichtung der Pfandsache gegen den Beschädiger in jedem Falle eine actio utilis legis Aquiliae.

§ 11.

Eine interessante Schlußfolgerung läßt sich daraus, daß Paulus unter den Beispielen, das litem tempore amisit anführt, in bezug auf die rechtliche Natur der dem Gläubiger gegen den Schuldner zur Zeit noch zustehenden Forderung ziehen. Denn das römische Pfandrecht erforderte zum Entstehen und auch zum Weiterbestehen gemäß seines akzesso-

rischen Charakters das Bestehen einer Forderung. Sobald diese untergeht, geht auch das Pfandrecht unter[1]). So erlischt das Pfandrecht oder, wie es in den Quellen heißt: pignus liberatur, in allen den Fällen, in denen, wie Sintenis[2]) es ausdrückt, „der Begriff der Satisfaktio der Hauptforderung für den Gläubiger eintritt". Hierunter ist naturgemäß vor allem Zahlung zu rechnen, ferner Aufhebung der Forderung auf jede andere Art und Weise wie z. B. Schenkung, Erlaß der Schuld usw.[3]). Jedoch ist zu beachten: es muß die Forderung ihrem ganzen Inhalte nach untergegangen, es darf keine natürliche Verbindlichkeit übrig geblieben sein; denn ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit (l. 14 § 1 D. 20, 1). Hieraus folgt, daß Paulus sagen will: Bei der Prozeßverjährung bleibt eine naturalis obligatio übrig. Dagegen könnte nun mit Recht eingewendet werden, daß die Römer die obengezeichnete akzessorische Natur des Pfandrechtes nicht streng durchgeführt haben, weil der Satz gilt: remanet ergo propter pignus naturalis obligatio[4]). Was Paulus mit diesem Ausdrucke sagen will, das führt Windscheid[5]) folgendermaßen aus: „es kann auch vorkommen, daß die Forderung in jeder anderen Beziehung abstirbt und nur für das Pfandrecht fortdauert. Der Gläubiger hat dann zum Zwecke der Realisierung seiner Forderung keine andere Macht als die Pfandrechtsmacht, seine Forderung ist in dem Pfandrecht aufgegangen. Sie würde ganz untergegangen sein, wenn sie nicht mit einem Pfandrecht versehen wäre; das Pfandrecht schützt sie vor dem Untergange, so weit sein Bereich geht. Mit anderen Worten, die Forderung dauert nicht bloß für das Pfandrecht fort, sondern auch durch das Pfandrecht. Es ist nicht mehr die Forderung, die die Grundlage für das Pfandrecht bildet,

---

[1]) Windscheid-Kipp, I 1252.
[2]) Sintenis, Pfandrecht 657, vgl. l. 6 pr. D. 20, 6.
[3]) Sintenis, a. a. O. 658 f. mit Anm.
[4]) l. 61 pr. D. 36, 1.
[5]) Windscheid-Kipp, I 1132.

sondern das Pfandrecht bildet die Grundlage für die Forderung". Diese Ansicht ist jedoch keineswegs unbestritten. Nach Savigny[1]) darf „propter pignus" nicht so verstanden werden, als ob bei einer Schuld ohne Pfand keine naturalis obligatio übrig bleiben würde, und als ob diese obligatio im vorliegenden Falle keine andere Wirkung als die Erhaltung des Pfandes hätte. Nach seiner Ansicht gründet sich der Untergang der obligatio durch Konfusion nur auf das subtile Zivilrecht in der oben zitierten Stelle und sie bleibt daher ohne Einfluß auf den naturalen Bestand der Obligation. Einen gleichen Standpunkt vertreten u. a. Büchel[2]), Sintenis[3]) und Dernburg[4]). Letzterer weist besonders darauf hin, daß dann, wenn die Gegenansicht richtig wäre, man drei Klassen von Tilgungsgründen der Obligation zu unterscheiden hätte. Erstens solche, bei denen eine naturalis obligatio bestehen bleibt, zweitens solche, bei denen die Forderung völlig auch ihrem naturalen Bestandteile nach unterginge — dies indessen ohne Befriedigung oder ohne Willen des Gläubigers; hier bliebe daher ebenso wie im ersten Fall das Pfandrecht ebenfalls bestehen — und endlich Tilgung durch Zahlung oder Abfindung. Ein solches System sei unhaltbar und trage den inneren Widerspruch in sich. Dieser Einwand erscheint jedoch unbegründet. Es wird ja nicht behauptet, daß eine naturalis obligatio fortbesteht, sondern nur im Interesse der theoretischen Vermittlung wird ihr Fortbestehen angenommen. In Wirklichkeit besteht das Pfandrecht selbständig ohne Forderung fort. Die naturalis obligatio ist in diesem Falle in Wahrheit gleich einer Nichtschuld, wenn man diesen Ausdruck hier gebrauchen darf. Zur näheren Begründung möge auf die von Windscheid-Kipp[5])

---

[1]) Savigny, Bd. 5 S. 393 Anm. 9.

[2]) Büchel S. 40—61.

[3]) Sintenis, S. 51 Anm. 5.

[4]) Dernburg, Pfandrecht Bd. II S. 577: „Wir erkennen an dem Fortbestehen des pignus das Fortdauern der naturalis obligatio.

[5]) Windscheid-Kipp, Bd. I S. 1132.

angeführten Stellen aus den Quellen sowie auf die Ausführungen von Brinz[1]) und Simon[2]) verwiesen werden. Letzterer bezeichnet das nach Tilgung der Pfandforderung noch weiter bestehende und seine Wirkung selbständig ausübende Pfandrecht als eine „Pfandrechtsstelle“ und begründet ihr Fortbestehen damit, daß sie den Schutz nachfolgender Gläubiger, nicht jedoch mehr die Sicherung einer wirklich noch bestehenden Forderung bezwecke.

Zum Beweise für die Richtigkeit der oben gezogenen Folgerung, nämlich, daß bei der Prozeßverjährung eine naturalis obligatio übrig bleibe, gehört also noch, daß unabhängig von der l. 30 § 1 D. 9, 2 nachgewiesen wird, daß eine naturalis obligatio bei der mors litua übrig bleibt.

Wirkung der Litiskontestation ist Verwandlung der actio in ein iudicium, also einerseits Konsumtion der actio, andererseits Übergang ihres Inhalts in die Form eines neuen Anspruches, der auf die Verurteilung des Verklagten gerichtet ist. Da also die actio als solche hierdurch konsumiert wird, fällt auch demgemäß das dare opportere, die zivile Schuld, entweder ipso iure oder ope exceptionis fort. Da jedoch in l. 11 pr. D. 13, 7 die Litiskontestation der solutio gegenübergestellt wird, also in ihrer Wirkung von dieser verschieden ist, so ergibt sich, daß die obligatio als naturalis fortbesteht[3]). Wenn nun die deductio in iudicium eine obligatio naturalis bestehen läßt, so kann die Prozeßverjährung, d. h. wie oben dargelegt, das einfache definitive Aufhören des Prozesses nach Ablauf einer gewissen Zeit keine andere Folge haben, als daß jenem Anspruche die Möglichkeit einer condemnatio abgestritten wird, also wohl das iudicium erlischt, nicht aber die vollkommen unabhängig davon bestehende naturalis obligatio. Diese bleibt unverändert fortbestehen[4]). Vgl. l. 8 § 1 D. 46, 8.

---

[1]) Brinz, II § 348.

[2]) Simon, i. Arch. ziv. Pr. Bd. 41 S. 58 f.

[3]) Schwanert, 426.

[4]) Bekker, Recht des Besitzes 412; Franke 76/77; Keller 159; v. d. Pfordten, Arch. ziv. Pr. 24, 134; Schott, Dogmatische Zeitschrift

Das Ergebnis der vorliegenden Deduktion deckt sich also mit dem, was unmittelbar aus der zu interpretierenden lex abgeleitet werden konnte.

§ 12.

Dem debitor als dominus steht, wie oben dargelegt, eine actio legis Aquiliae directa zu, daneben hat Paulus dem creditor eine actio utilis eingeräumt. Beide Klagen richten sich gegen dieselbe Person, nämlich gegen den Verletzer. Haben sie jedoch auch beide denselben Gegenstand zum Inhalte oder mit anderen Worten, da ja die actio directa ihrem Umfange nach bestimmt ist, können Pfandgläubiger sowohl wie Pfandeigentümer den Verletzer zur Leistung von Ersatz und Strafe anhalten? Bejahendenfalls wäre ferner zu erörtern, in welchem Verhältnis beide Klagen zueinander stehen. Denn unbillig erscheint es, den Dritten nur um deswillen, weil die Sache verpfändet ist, doppelt haften zu lassen. Es ist jedoch auch möglich, daß die actio utilis ihrem Umfange nach enger umgrenzt ist. Zwei Möglichkeiten sind noch vorhanden. Der Pfandgläubiger kann nur darauf angewiesen sein, Ersatz des wirklich erlittenen Schadens oder wenigstens Ersatz seines Interesses zu verlangen. Im letzteren Falle wäre der Anspruch, der mit der actio utilis geltend gemacht werden könnte, gleich dem Sachwert des vernichteten Pfandobjekts. Denn nach Oertmann besteht das Interesse des Pfandgläubigers in der Sicherheit, die dem Pfandgläubiger für die ihm zustehende Forderung durch Hingabe des Pfandobjekts gewährleistet ist, und die sich also nach dem Werte des Pfandobjekts richtet. Falls die Klage jedoch nur auf Ersatz des damnum iniuria datum ginge, könnte der Pfandgläubiger nur Ersatz in Höhe seiner Forderung verlangen, deren Realisierbarkeit infolge Vernichtung der zur Siche-

---

Bd. 15 S. 43; Savigny 376; Schwanert 434; Windscheid-Kipp 185; Voß, Dogmatische Zeitschr. 15, 350; a. A. Linde 189; Büchel, Zivilrechtl. Forschungen 117.

rung dienenden Pfandsache unsicher oder gar unmöglich geworden ist. Gegen beides spricht jedoch der Wortlaut der lex. Aus dem consecuturus ab eo . . . geht deutlich hervor, daß der Gläubiger den gleichen Anspruch wie der Pfandeigentümer geltend machen kann, also sowohl Ersatz des vollen Sachwertes als auch Strafe zu fordern berechtigt ist. Hiermit im Einklange steht der ursprüngliche Zweck und Begriff einer jeden actio utilis. Sie wurde gegeben, um eine möglichst freie Ausübung des Klagrechts zum Besten desjenigen zu bewirken, der nach dem bestehenden Recht dasselbe nicht hatte, und zwar in der Weise, daß die schon bestehende Klage Vorbild und Muster war, und daher diese selbst in bezug auf das Rechtsverhältnis, für welches sie gegeben wurde, gerade so und zu den nämlichen Wirkungen gelten sollte, wie wenn sie gleich anfangs für diese gegeben wäre. Die Einräumung der actio utilis konnte nun in verschiedener Weise erfolgen. Paulus benutzt hier den Weg der subjektiven Klageerweiterung und ermöglicht so dem creditor, „unbekümmert um den geringeren Betrag seiner Forderung — oder seines Interesses — das volle Interesse des Pfandeigentümers einzuklagen“ [1]). Es liegt demnach hier, so darf man wohl sagen, wenn auch nicht dem Auftrage und der Absicht nach, so doch im Hinblick auf den Erfolg eine Vertretung vor, und insofern ist die Lage des Pfandgläubigers in Anstellung der aquilischen Klage geradeso wie in Ausübung seines Verkaufsrechtes vergleichbar der eines Vertreters [2]). Denn beide Berechtigte können gegen den Schädiger den gleichen Anspruch geltend machen. Was nun das Verhältnis beider Klagen anbetrifft, so ist ersichtlich, daß, wenn eine Art Vertreterstellung des Pfandgläubigers anzunehmen ist, dieser die actio utilis nur dann anstrengen kann, sofern sie vom Eigentümer noch nicht mit Erfolg geltend gemacht ist und dasselbe gilt vice versa. Die utilis und die directa

---

[1]) Schmid S. 173.

[2]) Grueber, Arch. ziv. Pr., Bd. 75 S. 323.

stehen also in Solutionskonkurrenz [1]). Denn die erste wird durch den Erfolg der zweiten vollkommen absorbiert. Ob die beiden Klagen in elektiver, von Savigny genannt „vollständiger Konkurrenz" stehen, dafür ist ein Beweis aus den Quellen nicht zu liefern, denn nur die l. 30 § 1 D. 9, 2 behandelt das Verhältnis der beiden zur Erörterung stehenden Klagen des Pfandeigentümers und des Pfandgläubigers, jedoch ist aus dem Wesen der actio utilis wie Mühlenbruch [2]) nachweist diese Konkurrenz wohl anzunehmen.

Aus diesem Grunde scheint auch Paulus anfangs gezögert zu haben, die utilis dem creditor zu geben. Aber der debitor erleidet ja keinen Schaden, da der Gläubiger, insofern er zuerst geklagt und den Schadensersatzbetrag von dem Schädiger erhalten hat, hierdurch zunächst in Höhe seiner Forderung befriedigt wird — cum prosit debitori ad debiti quantitatem — und ferner verpflichtet ist, auch durch die pigneratitia vom debitor gezwungen werden kann, den Betrag, um den die Schadensersatzsumme die Höhe der Forderung übersteigt, an den debitor abzutreten.

Ist nun das Pfandobjekt nicht vollkommen vernichtet, sondern nur in seinem Werte gemindert worden, so gilt, wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, die gleiche Regel. Beide Ersatzansprüche stehen wieder in einer Art von Solidarverhältnis. „Tilgung der einen obligatio durch Zahlung hebt auch die andere obligatio auf" [3]). Angenommen daher, der Wert der Pfandsache sei 1000, durch die Beschädigung ist der Wert auf 500 gesunken; der creditor, dem auf Grund einer Forderung von 750 dieses Pfand zur Sicherheit gegeben ist, strengt zuerst die utilis an und erhält 500. In dieser Höhe wird seine Forderung getilgt. Für den Restbetrag von 250 bleibt weiter die

[1]) Hellwig, Pfandrecht 50.
[2]) Mühlenbruch, Zession S. 157 f.
[3]) Hellwig 51; v. Tuhr 15.

beschädigte Pfandsache verhaftet. Wenn Stölzel[1]) auf Grund dieses Beispiels darlegt, das hier aufgestellte Prinzip sei nicht rationell und im besonderen hinweist auf das nur mögliche, meist nicht vorhandene Interesse, so genügt zur Erwiderung meines Erachtens die Bezugnahme auf das oben Dargelegte.

B. Welche Rechtssätze ergeben sich vom Standpunkt der Kompilatoren?

§ 13.

Der grundlegende Unterschied zwischen Paulus und Justinian zeigt sich darin, daß in der klassischen Zeit davon auszugehen ist, daß dem Pfandgläubiger als Vertreter des Pfandeigentümers in jedem Falle die Klage eingeräumt wird, wogegen im Justinianischen Recht eine wirkliche Schädigung des letzteren eintreten muß, um die Verleihung einer actio utilis zu rechtfertigen. Aus welchem Grunde diese Einschränkung gemacht ist, ist nicht klar erkennbar. Wie Gradenwitz[2]) und v. Thur[3]) vermuten, ist dies deshalb geschehen, um eine Übereinstimmung mit der in lex 27 D. 20, 1 gegebenen Entscheidung des Marcellus herbeizuführen, die jedoch durch die Sachlage nicht gefordert scheint, da hier nur von einer actio ad exhibendum bei Beschädigung der Pfandsache die Rede ist. Der Zwiespalt, der nun zwischen dem Paulinischen und dem Tribonianischen Texte besteht, könnte vielleicht dadurch überbrückt werden, „daß man in dem ersten Teile nur Erwägungsgründe erblickt und die eigentliche Entscheidung erst in dem Satze et ideo in his casibus . . . findet“[4]). Keineswegs ist hier anzunehmen, daß, wie Schmid[5]) zu folgern glaubt, sowohl dem Pfandgläubiger als Vertreter

[1]) S. 60/61.
[2]) S. 90.
[3]) S. 15.
[4]) Hellwig 48.
[5]) S. 173.

des Pfandeigentümers als auch in bestimmten Fällen auf Grund seines ius in re eine utilis eingeräumt wird. Vielmehr ist deutlich erkennbar, daß in dem Falle, in dem dem Pfandgläubiger die Klage gegeben wird, die Geltendmachung eines Anspruches durch den Eigentümer ausgeschlossen oder vielmehr nur auf den Betrag, der die Schuldforderung übersteigt, beschränkt wird.

Es möge nun in folgendem dargetan werden, aus welchen Beweggründen diese Entscheidung getroffen ist.

In welchem Falle hat der creditor eine actio utilis? Es ist davon auszugehen, daß der Pfandgläubiger nicht jedesmal bei Vernichtung des Pfandobjektes Schaden erleidet. Denn wenn sein Anspruch gegen den debitor realisierbar ist, so wird er hierdurch nicht verhindert, diesen geltend zu machen. Erst sobald ihm dies durch Insolvenz des Schuldners, durch Klageverjährung oder durch andere Gründe — denn eine Beschränkung ist auch in diesem Falle nicht anzunehmen — unmöglich gemacht ist, erst dann hat er einen Schaden erlitten und hat einen Anspruch auf Gewährung einer actio utilis. Dieser Schaden, den er nun durch die Handlung des Dritten erlitten hat, ist aber naturgemäß nicht gleich dem Sachwert des Pfandobjekts, sondern beträgt nur die Höhe der Forderung. Nicht in Betracht gezogen ist hier der Fall, in dem der Pfandgläubiger als Restitutionspflichtiger dem Eigentümer den entstandenen Schaden ersetzen muß. Zwar wird dieses häufig der Fall sein, da der creditor für levis culpa haftet, also jeden Schaden vertreten muß, soweit er nicht durch Zufall oder unabwendbare Naturereignisse eingetreten ist. Aus diesem Grunde gibt auch Sintenis[1]) dem Faustpfandgläubiger — denn nur für ihn kann dieser Grundsatz von Bedeutung sein — stets einen Anspruch auf den Sachwert des Pfandes. Dagegen wendet aber mit Recht Stölzel[2]) ein, daß das „Interesse des Pfandgläubigers nie weiter als seine Forderung

---

[1]) S. 597, 565.

[2]) S. 53; vgl. auch Hasse, Culpa § 82 ff., Jhering S. 115.

gehe, weil der Grund der ja nur dem dinglich Berechtigten zustehenden a. legis Aquiliae Verringerung des Sachwertes ist und daher das persönliche Verhältnis zwischen Pfandschuldner und Pfandgläubiger, namentlich die Haftpflicht des letzteren ex contractu pigneratitio bei Berechnung des Schadens aus dem aquilischen Gesetz gänzlich wird außer Betracht bleiben müssen". Es ist demnach dem Gläubiger im Falle der Insolvenz des Schuldners oder der Klageverjährung eine a. utilis in Höhe seiner Schuldforderung zu geben.

§ 14.

Es ist im § 6 darauf hingewiesen worden, daß unter litem tempore amittere von Paulus zwar die Prozeßverjährung verstanden worden ist, daß aber, da dies Institut später nicht mehr in Wirksamkeit trat, die Kompilatoren hiermit die Klageverjährung gemeint haben. Es erscheint demnach berechtigt, auf die Wirkung dieser Klagverjährung näher einzugehen, wenn es auch unmöglich ist, in diesem Zusammenhange eine vollkommene Übersicht über alle hier auftauchenden Streitfragen und über die einschlägige Literatur zu geben.

Über die Wirkung der Klagverjährung sind hauptsächlich zwei Ansichten aufgestellt. Die eine Partei vertrat den Standpunkt, daß die Forderung des Klägers per exceptionem völlig untergeht, wogegen die Gegner meinten, daß das obligatorische Recht nur in dem Maße beseitigt werde, daß eine naturalis obligatio übrig bleibt und zwar mit den Rechtswirkungen, deren eine solche Verbindlichkeit fähig ist.

Dieser Streit über die „schwächere" oder „stärkere" Wirkung [1]) der Klagenverjährung tobte besonders heftig im Anfang des 19. Jahrhunderts. „Seitdem dann Savigny [2]) seine Auffassung der Frage in ausführlicher Form ver-

[1]) Brinz, Pandekten, II Abt. 1 S. 40 ff.

[2]) §§ 248—251; A. A. v. Vangerow § 151; Sintenis, Zivilrecht I § 31 Nr. 57 u. m.

öffentlicht hatte, wurde die Kontroverse weniger lebhaft geführt“ [1]). Doch kann dieser keineswegs eine durchgreifende Einwirkung auf die Doktrin zugesprochen werden.

Insbesondere haben sich dagegen Dernburg [2]) und Windscheid ausgesprochen [3]). Dieser macht z. B. darauf aufmerksam, daß nach seiner Ansicht die Art der Fragestellung, wie sie Savigny an den Anfang seiner Ausführung stellt, nicht berechtigt erscheint. Es wäre nicht die Frage: Geht durch die Klagenverjährung auch das Recht oder nur die Klage unter? Sondern es müßte heißen: Welche Tragweite hat diese exceptio? Denn es weiß und setzt jedermann voraus, daß die Verjährung jedenfalls nur ope exceptionis wirkt.

Um hier nun zu einer Entscheidung zu kommen, um erkennen zu können, welches die Wirkung der Klagenverjährung ist, dieses Institutes, das im römischen und gemeinen Rechte von so großer Wichtigkeit gewesen und an dessen Stelle jetzt die Anspruchsverjährung getreten ist, möge folgendes festgestellt werden: In den Aussprüchen der Quellen ist weder für die schwächere, noch für die stärkere Wirkung der Klagenverjährung ein genügender Beweis zu finden. Man muß daher auf das Wesen der Sache selbst zurückgehen [4]).

Diese Auffassung führt aber zur Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten; während das dingliche Recht in dem verjährten Anspruche nicht aufgeht, da „es sich nicht in dem Leistungsanspruche gegen andere erschöpft“ [5]), geht das persönliche Recht in dem verjährten Anspruche auf, denn es besteht in diesem Anspruch [6]).

---

[1]) Bekker, a. a. O. S. 412.

[2]) Dernburg, Bd. I § 169 Anm. 5 f.

[3]) Windscheid, actio S. 38.

[4]) R.G.E. 2, 158.

[5]) Endemann I 553.

[6]) Windscheid-Kipp S. 572 f.; vgl. auch die dort angeführte Literatur a. A Sohm S. 328, der das Fortbestehen einer naturalis obligatio in jedem Falle annimmt.

Dieser von Windscheid-Kipp vertretenen Ansicht ist meines Erachtens vollauf zuzustimmen. Die Verjährung bewirkt also Aufhebung des persönlichen Anspruches selbst, es bleibt keine Naturalobligation übrig [1]). Diese Folgerung muß jedoch eine Einschränkung erfahren, wenn die Erfüllung des in Frage stehenden Anspruches durch Bestellung eines Pfandrechtes gesichert worden ist. Der Untergang der versicherten Forderung zieht Erlöschen des Pfandrechtes nach sich, „denn um der Forderung willen besteht das Pfandrecht. Ist diese erloschen, so ist das Pfandrecht ohne Stütze und bricht zusammen“ [2]). Hieraus müßte gefolgert werden, daß durch Aufhebung der zugrundeliegenden persönlichen Anspruches auch das Pfandrecht sein Ende findet. Dagegen spricht jedoch, daß die hypothecaria erst in 40 Jahren verjährt, also noch wenigstens 10 Jahre nach der verjährten Hauptklage fortbesteht. Ferner bezeugen verschiedene Stellen [3]) ausdrücklich, daß, solange das Pfandrecht noch besteht, auch ein naturalis obligatio übrig bleibt. Über die Natur dieser naturalis obligatio herrscht jedoch Streit. Daß ihr Vorhandensein nicht mit dem oben aufgestellten Grundsatze in Widerspruch steht, ergibt meines Erachtens der Satz: remanet propter pignus naturalis obligatio (l. 61 pr. D. 36, 1). Wenn jedoch hieran anknüpfend, Windscheid-Kipp folgert, „daß die angeführte naturalis obligatio keine andere Bedeutung hat als die, dem als fortdauernd angenommenen Pfandrechte zur Grundlage zu dienen, in jeder anderen Beziehung jedoch gleich einer Nichtobligation ist“ [4]), so ist dies meines Erachtens für die vorliegende Deduktion wohl zu weitgehend. Sie ist vielmehr als in dem Umfange bestehend anzusehen, den die dem Pfandgläubiger noch zustehende a. hypothecaria gewährt [5]). In diesem Sinne ist

[1]) R.G.E. 2, 158; 34, 158; 17, 208.

[2]) Dernburg, Pandekten 1, 525.

[3]) l. 7 C. de praesc. verb. 9, 2; l. 2 C. de mit. pign. 8, 31; l. 59 pr. D. ad sc. Treb. 36, 9.

[4]) Windscheid-Kipp, 1253 § 249 Anm. 4.

[5]) Schwanert 456.

auch das litem tempore amittere in dem zu interpretierenden Text aufzufassen, denn sofern die naturalis obligatio nur den Zweck hätte, das Pfandrecht aufrecht zu erhalten, dieses jedoch durch Untergang der Pfandsache beendet ist, so würde das Interesse des creditors fehlen, das ja vorausgesetzt werden muß, um dem letzteren eine a. utilis zu geben.

§ 15.

In welchem Verhältnis stehen actio utilis und directa zueinander? Wenn auch hier wiederum von dem Regelfall auszugehen ist, daß dem creditor als Eigentümer der vernichteten oder beschädigten Sache die aquilische Klage zusteht, so ergeben sich doch daraus, daß dem creditor auf Grund seines eigenen ius in re ebenfalls die Aquilia gegeben wird, wenn auch, wie oben gezeigt, dieselbe von der Insolvenz des debitors oder dem Fortfall der Schuldklage abhängig gemacht wird, Folgerungen, die „namentlich dem Eigentumsrecht und damit dem Wortlaute des aquilischen Gesetzes zuwiderlaufen [1]). Denn in den Fällen, in denen der creditor ebenfalls eine Klage erhält, ist, wie aus dem Satze: et ideo in his casibus . . . hervorgeht, der debitor nur berechtigt, den Wertüberschuß einzuklagen, unter der Begründung freilich, daß ja dadurch, daß der Beschädiger an den creditor gezahlt hat, auch für den debitor die Forderung getilgt ist. Wenn nun jedoch trotzdem der debitor den ganzen Sachwert einklagt, so ist anzunehmen, daß der Schädiger auf Grund einer exceptio iuris tertii den Anspruch des Schuldners auf die Hyperocha beschränken darf. Möchte man dieses vermeiden, so muß man meines Erachtens zu dem Resultat kommen, daß der Schadenstifter durch Bezahlung an den debitor nicht von seiner Schuld dem creditor gegenüber befreit wird, also doppelt haftet. Denn in diesem Falle stehen die beiden Klagen nicht im Verhältnis von Solidarobligationen, Tilgung

[1]) Pernice 204.

der einen hebt die andere nicht auf, sondern beide bestehen unabhängig voneinander. Daß dieses Ergebnis von der Teilung der Klage zwischen debitor und creditor nicht praktikabel ist, ist gezeigt worden.

Zweites Kapitel.

Beurteilung des in l. 30 § 1 D. 9, 2 gegebenen Tatbestandes nach heutigem Recht.

Im Gegensatz zum römischen Recht, das, wie oben dargelegt, die Schadensersatzpflicht daran knüpfte, daß eine Sache in ihrer körperlichen Substanz schuldhaft beschädigt war, also nur eine Sachbeschädigung kannte, ist nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches nur eine Rechtsverletzung möglich [1]). Nicht jeder, der einem anderen schuldhaft einen Schaden zufügt, sondern nur der ist zum Schadensersatz verpflichtet, der

1. vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht eines anderen verletzt, § 823 I BGB.,
2. vorsätzlich oder fahrlässig gegen ein zum Schutze eines anderen gegebenes Gesetz verstößt, § 823 II BGB.,
3. vorsätzlich wider die guten Sitten handelt, § 826 BGB.

Während demnach Paulus ohne weiteres dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger wegen des vorhandenen Interesses bei Zerstörung der Sache die a. legis Aquiliae zusprechen konnte, ist es hier erforderlich, darzulegen, daß der Dritte ein Recht des Pfandgläubigers und des Pfandschuldners vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat. Erst dann kann in die weitere Betrachtung eingetreten werden, welche Ansprüche dem Pfandgläubiger und dem Pfand-

[1]) Schaeffer, Aktivlegitimation 26.

schuldner zustehen, und wie sie sich zueinander verhalten. Zunächst jedoch erscheint es berechtigt, den in l. 30 § 1 D. 9, 2 gegebenen Tatbestand so zu formulieren, wie er wohl nach unseren heutigen Anschauungen lauten würde:

B hat gegen den A eine Forderung auf Zahlung von 1000 M. Zur Sicherung ist ihm dafür eine dem A gehörige [1]) bewegliche Sache (Wert 1500) verpfändet worden. C hat diese Sache widerrechtlich beschädigt oder vernichtet. Welche Ansprüche werden hierdurch gegen C begründet, und wem steht ihre Geltendmachung zu? Würde es von Einfluß sein, wenn die Schuldklage des B gegen den A verjährt, oder wenn A zahlungsunfähig ist?

Unberücksichtigt kann wohl in folgendem bleiben, daß C sich durch seine Handlung nach § 303 StGB. strafbar gemacht hat und daß demnach, da die strafrechtliche Verfolgung hier nur auf Antrag eintritt, entweder dem Eigentümer A allein — so v. Liszt, Binding und Meyer — oder auch, wie das Reichsgericht [2]) entschieden hat, dem mittelbar Geschädigten — indiesem Falle dem Pfandgläubiger B — das Recht zusteht, einen solchen Antrag zu stellen.

§ 16.

Das Eigentumsrecht des A ist von C widerrechtlich verletzt worden. Dieses genügt jedoch nach obigem noch nicht, um aus § 823 I BGB. eine Schadensersatzpflicht zu begründen, wenn auch das Eigentum unter den geschützten Rechtsgütern ausdrücklich angeführt ist. Hierzu ist noch erforderlich, vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Rechts. Vorsätzlich handelt, wer entweder den durch seine Willensbetätigung herbeigeführten Erfolg kennt und will

---

[1]) Diese Voraussetzung dient nur zur Vereinfachung der Darstellung. Eine besondere Komplikation würde sich daraus, daß Verpfänder und Eigentümer nicht identisch sind, nicht ergeben, vielmehr ist das, was im folgenden dargestellt wird, analog auf den Eigentümer anzuwenden.

[2]) RGSt. 8 399. ebs. Franck.

— Willenstheorie [1]) —, oder das Bewußtsein, die Vorstellung hat, daß seine Willensbetätigung einen gewissen Erfolg nach sich ziehen würde. — Vorstellungstheorie [1]). Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt — § 278 BGB.

Welche von beiden Arten des Verschuldens im vorliegenden Falle erfüllt ist, das ist allgemein nicht zu entscheiden, wenn man auch geneigt sein möchte, hier stets eine vorsätzliche Verletzung des Eigentums anzunehmen, denn C mußte die Vorstellung haben, daß sein Handeln das Eigentum irgend jemandes verletzte. Gleichgültig ist hier, ob C nicht die Absicht gehabt hat, den A zu schädigen, da er nicht wußte, und auch vielleicht nicht wissen konnte, daß die Sache nicht im Eigentum des B stände; denn zum Tatbestande des § 823 I BGB. gehört nicht Absicht, d. h. das Wollen des Erfolges, die „Aussicht des Erfolges braucht nicht Beweggrund des Handelns zu sein [2])", es genügt vielmehr, für die Schadensersatzpflicht, daß der Handelnde gewußt und gewolllt hat, oder bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte voraussehen müssen, daß durch seine Handlungsweise eines der geschützten Rechtsgüter eines andern verletzt wird, mag auch die hierdurch bewirkte Beschädigung des Berechtigten von ihm nicht beabsichtigt gewesen sein [3])". Auf Grund des § 823 I BGB. ist also für A ein Anspruch auf Schadensersatz begründet.

Von A ist die Sache dem B verpfändet worden und demgemäß hat B ein Pfandrecht an der Sache. Durch ihre Zerstörung oder Beschädigung ist auch dieses Recht verletzt worden. Wenn auch im übrigen sehr bestritten ist, was unter dem „sonstigen Recht" in § 823 BGB. zu verstehen ist, so ist doch unzweifelhaft, daß hierher „alle in dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in den andern Reichs-

---

[1]) Vgl. Literaturangabe b. Oertmann, Schuldverhältnisse S. 106.
[2]) v. Liszt, Lb. S. 171.
[3]) Staudinger, II 1602.

gesetzen und in den unberührt gebliebenen Landesgesetzen anerkannte absolute Privatrechte gehören“ [1]). Unter anderm sind daher hierunter zu rechnen alle dinglichen Rechte, d. h. nicht nur die sogenannten „Vollrechte“ [2]), sondern auch die „beschränkt dinglichen Rechte“, wie Erbbaurecht, Nießbrauch, Pfandrecht, Grunddienstbarkeiten und Reallasten. Daß das Pfandrecht ein dingliches Recht ist, ist von allen Seiten anerkannt, wenn auch „über die Grundqualitäten desselben Streit herrscht“ [3]). Hiernach wäre also auch für B nur zu erörtern, ob dem C eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Pfandrechtes zur Last fällt. Es möge ausgegangen werden vom Eigentum. In unsrem Zeitalter hat fast jede Sache, die nur irgendeinen Wert verkörpert, einen Eigentümer; nur ein Ausnahmefall liegt vor, wenn eine solche herrenlos ist und in niemandes Eigentum steht. Es muß ferner angenommen werden, daß ein jeder die Existenz dieses Eigentumsrechtes an fast allen Sachen kennt und weiß. Daher ist auch vorauszusetzen, daß jeder, der eine Sache vernichtet oder beschädigt, sich dessen bewußt ist, daß er durch seine Handlung das an dieser Sache bestehende Recht verletzt. Falls nun nicht anzunehmen ist, daß der Betreffende im entschuldbaren Irrtum glaubt, zu diesem Eingriff in die Rechtsphäre berechtigt zu sein, weil er sich für den Eigentümer der Sache hält und aus diesem Grunde nicht weiß und auch nicht wissen kann, daß sein Handeln rechtswidrig ist, so muß, abgesehen von dieser Ausnahme, auf die jedoch in vorliegender Deduktion nicht weiter eingegangen werden kann, die aber doch festgestellt werden mußte, gefolgert werden, daß eine Verletzung des Eigentumsrechtes, wenn diese erfolgt ist, nur vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt sein kann. An sich steht nun dem Eigentümer ursprünglich allein die Gesamtheit aller derjenigen Befugnisse und Rechte

---

[1]) Planck, Schuldverhältnisse, 971; vgl. auch RGE. 57 353 ff., Oertmann, Schuldverhältnisse S. 1060.

[2]) Becker, Recht des Besitzes, 403.

[3]) Staudinger III 935.

zu, die in vernünftiger Weise hinsichtlich einer Sache nur gedacht werden können. Jedoch sind diese einzelnen Befugnisse nicht immer in der Hand des Eigentümers vereinigt. Sie werden vielmehr einem oder mehreren Dritten verliehen. Die so entstandenen speziell dinglichen Rechte muß aber folgerecht jedermann ebenso kennen, wie das Eigentum, das ja nur ihre Gesamtheit darstellt. Demnach weiß und muß ein jeder wissen, daß an einer Sache ein Pfandrecht bestehen kann und daß er, wenn er diese beschädigt oder vernichtet, damit auch das an ihr bestehende Pfandrecht verletzt. Hierdurch ist also auch für B ein Ersatzanspruch begründet. Zu einem gleichen Resultat hätte der Analogieschluß aus § 1227 BGB. geführt, da hiernach dem Pfandgläubiger, ebenso wie dem Nießbraucher alle Ansprüche aus dem Eigentum utiliter zugesprochen werden, wegen mangels einer besonderen, im gemeinen Recht ja vorhandenen Pfandklage. Jedoch ist B nicht nur auf Geltendmachung seines Anspruchs auf Grund seines Pfandrechtes beschränkt. Zur Bestellung des Pfandrechtes ist nach § 1205 BGB. erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Als Traditionssurrogate sind zulässig: Einräumung des Mitbesitzes und Übertragung des mittelbaren Besitzes, sofern der Eigentümer selbst nur mittelbarer Besitzer ist[1]). Es steht demnach dem Pfandgläubiger in der Regel bei der Verpfändung durch Rechtsgeschäft der unmittelbare Besitz zu. Berechtigt ihn auch seine Verletzung zur Erhebung eines Anspruches auf Schadensersatz? Die Beantwortung dieser Frage, die ja ohne weiteres bejaht werden muß, führt freilich in ihrer weiteren Konsequenz zu dem berühmten, auch bis heute noch nicht entschiedenen Streite, als was der Besitz anzusehen sei, um hiernach entscheiden zu können, auf Grund

[1]) Nicht zulässig dagegen: constitutum possessorium. Anerkannt dagegen und nicht als ein in fraudem agere gegen die Bestimmungen des § 1205 BGB. vom Reichsgericht angesehen ist der sogenannte „Sicherungskauf", vgl. Dernburg III S. 782.

welcher Rechtsnorm der Ersatzanspruch geltend gemacht werden kann. Sofern er als ein ius angesehen wird, fällt er unter die clausula generalis, „sonstiges Recht“ des Abs. I § 823 BGB. Sieht man ihn jedoch als factum an, so steht ihm als Schutzgesetz zur Seite § 858 BGB., und es ist dann eine Schadensersatzpflicht aus § 823 II zu begründen.

§ 17.

Das Wesen des Besitzes besteht in der tatsächlichen Gewalt, die jemand dauernd, nicht nur für Augenblicke, über eine Sache ausübt. Dieses geht deutlich aus den Bestimmungen von §§ 854, 856 BGB. hervor. Eine Definition über den Besitz als solchen gibt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Auch die Motive enthalten sich einer genaueren Bestimmung. Sie geben nur negativ an, daß „es bedenklich erscheine, den Besitz als Recht zu bezeichnen. Dagegen könne wohl der Besitz ohne Bedenken als Rechtsposition bezeichnet werden“ [1]). Darunter kann man nach Dernburg „vielerlei oder auch nichts denken“. Er steht im übrigen auf dem Standpunkt, daß „der Besitz als solcher kein Recht sei, doch in der Mehrheit der Fälle dem Recht entspräche [2]). Die heute überwiegende Meinung sieht den Besitz als Recht an. Gierke weist zur Begründung auf die deutschrechtlichen Gewerbe hin, von ihnen hätte der Besitz seine Rechtsnatur geerbt und diese wäre im Bürgerlichen Gesetzbuch zum vollen Durchbruch gelangt, was sich deutlich in der Uebertragbarkeit und Vererblichkeit des Besitzes zeige [3]). Fischer-Henle [4]), Goldmann-Lilienthal [5]), Kuhlenbeck [6]), v. Liszt [7]), Neu-

---

[1]) Mot. III 78.
[2]) Dernburg, SaR. 45.
[3]) Gierke, SaR. 214.
[4]) Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches Not. 8 zu § 823.
[5]) Komm. Heft 2 S. 196.
[6]) Komm. I, 571 Not. 8b zu § 823.
[7]) Deliktsobligationen 21.

mann[1]), Enneccerus[2]), Kohler[3]), Schollmeyer[4]) Staudinger[5]), Windscheid-Kipp[6]), Zitelmann[7]), Reichsgericht[8]) fassen den Besitz zwar nicht als dingliches Recht, aber jedenfalls als ein Recht im Sinne des § 823 BGB. auf. Dieses beweise, daß der Besitz vom Recht geschützt werde (§§ 859, 861, 862), unter Umständen mit einer petitorischen Besitzklage (§ 1007 BGB.) und auch im Wege des Zivilprozesses verfolgt werden kann[9]).

Hiergegen wenden die Verfechter der Gegenansicht ein, daß an verschiedenen Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuch Besitz und Recht einander gegenübergestellt wird (§§ 268, 1414), daß die Bestimmung im § 1922 I BGB. den § 857 überflüssig machen würde, und daß § 865 in offensichtlichem Widerspruch zu § 93 treten würde, wenn eben der Besitz als ius angesehen würde[10]). Oertmann endlich steht auf einem vermittelnden Standpunkt, indem er erklärt, daß auch ein Leugnen des Rechtscharakters nicht dazu zwinge, die Frage, ob der Besitz ein Recht im Sinne von § 823 BGB. I sei, zu verneinen, „denn jedenfalls ist der Besitz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches eine rechtliche Position, die gegen die Beeinträchtigung durch Dritte geschützt ist, und deren Verletzung das Gesetz als ausdrücklich widerrechtlich bezeichnet[11]).

§ 18, II.

Welche Schadensersatzansprüche können vom Pfandschuldner und Pfandgläubiger geltend gemacht werden?

---

[1]) Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches I 392.
[2]) § 359 II. 1.
[3]) VermögR. 1. Teil, Schuldrecht § 192 II.
[4]) Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 109.
[5]) SaR. 15.
[6]) Pandekten, II 948.
[7]) Intern. PrivR. 308.
[8]) Eccius-Küntzel, Beilg. H. 968.
[9]) Pusch, 78—83.
[10]) Vgl. Bauer, S. 77 eingehende Literaturangabe, auch als Ergänzung zu der oben angegebenen Literatur.
[11]) Oertmann, Schuldverhältnisse S. 1060 § 823.

Nach § 823 ist derjenige, der Ersatz zu leisten hat, verpflichtet, dem Verletzten den durch seine Handlung entstandenen Schaden zu ersetzen. Eine genaue Regelung über Art und Umfang des Schadensersatzes findet sich jedoch im § 823 BGB. nicht. Hierfür sind maßgebend die Bestimmungen der §§ 249ff. BGB. Die beiden leitenden auch schon ALR. I. 6. 79. vorhandenen Grundsätze über die Art des Schadensersatzes sind in § 249 S. 1 und § 251, I dahin zusammengestellt: „Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen." Hiernach ist also der Ersatzpflichtige an erster Stelle zur „Wiederherstellung" des Zustandes verpflichtet, und erst die subsidiäre Art des Ersatzes besteht in der Ausgleichung des Interesses durch Geld [1]). Was ist nun unter der zunächst zu fordernden Wiederherstellung des Zustandes zu verstehen? Zwei Ansichten sind möglich. Physische oder nur wirtschaftliche Herstellung des früheren Zustandes. Mit Recht führt m. E. Oertmann [2]) aus, daß die Vorschrift des § 249 I. BGB. fast gegenstandslos sein würde, wenn die Annahme der nur physischen Wiederherstellung richtig wäre. „Ist einmal ein Schaden wirklich eingetreten, so pflegt der genau identische Zustand meist nicht mehr wiederhergestellt werden zu können". Es kommt nur darauf an, daß wirtschaftlich durch die Gestaltung ein dem früheren gleichartiger Zustand geschaffen wird [3]). Dieses Ziel wird aber schon dadurch erreicht, daß an Stelle der vernichteten oder beschädigten vertretbaren Sache ein anderes Exemplar gleicher Art und Güte ver-

---

[1]) a. M. Degenkolb, i. Archiv z. Pr. Bd. 76 1 ff..

[2]) Schuldverhältnisse, S. 41.

[3]) Die Literatur über diese Frage ist zit. bei Fischer, Schaden, S. 168 Anm. 4.

schafft wird [1]). Angenommen ist hier, daß bei Beschädigung der Sache die Reparatur nicht mehr möglich ist, oder auch keinen vollgültigen Ersatz für den früheren Zustand gewährt. Sofern letzteres doch der Fall ist, kann naturgemäß Reparatur des entstandenen Schadens verlangt werden.

Demnach ist also C verpflichtet, zunächst durch Naturalrestitution Ersatz für die vernichtete Sache zu schaffen. Ist diese möglich, so fragt es sich, ob das Pfandrecht des B, das an der früheren Sache bestand, ohne weiteres seine Fortsetzung in bezug auf das Ersatzstück findet. Das ist zu verneinen, denn, wie jedes dingliche Recht erlischt auch das Pfandrecht mit dem Untergang der verpfändeten Sache. Diesem Mangel würde abgeholfen, wenn C dem B die neue Sache übergäbe, und zwischen A und B eine Einigung dahingehend stattfände, daß eben an dem Ersatzstück ein neues Pfandrecht entsteht (§ 1205 2 BGB). Dieser Fall kann jedoch nur dadurch eintreten, daß entweder C von dem Bestehen des Pfandrechtes nichts wußte und daher annahm, daß B, in dessen Besitz sich ja, wie vorausgesetzt, die Sache befand, Eigentümer wäre und deshalb an ihn den Schadensersatz leistete, oder daß A in die Übergabe an B eingewilligt hätte. Dieses ist wohl die einfachste Regelung des Tatbestandes. C ist von einer weiteren Ersatzpflicht befreit, auf Grund von § 851 BGB. [2]), oder auf Grund eines zwischen ihm und A geschlossenen Rechtsgeschäfts. A und B haben ebenfalls keinen Schaden erlitten, denn es ist ja der Zustand wiederhergestellt, der vor dem schädigenden Ereignis bestand. Jedoch: wie ist die Auseinandersetzung zwischen A, B und C, wenn nicht all diese Prämissen erfüllt sind? wenn besonders durch

---

[1]) Dafür: die überwiegende Mehrheit, a. A. Planck, 22.

[2]) Nach Oertmann, 1144, handelt es sich im § 851 BGB. um „ein Sonderrecht des guten Glaubens"; Hellwig RKr. S. 24 dagegen sieht hierin den Ausdruck eines Prinzips, indem er ausführt: „Der Satz steigert die Eigentumsvermutung zur Eigentumsfiktion zugunsten des Sachbeschädigers oder Entziehers."

Naturalrestitution kein vollgültiger oder überhaupt kein Ersatz zu schaffen ist?

Außer Betracht kann meines Erachtens bleiben, daß der Schaden durch Reparatur beseitigt werden kann. Das Pfandrecht bleibt ruhig an der beschädigten Sache fortbestehen. Eigentümer und Pfandgläubiger haben beide das Recht, von dem C Beseitigung des Schadens zu verlangen. Verweigert C dieses unter Hinweis auf § 251 II, weil die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist, so findet, wie im jetzt zu besprechenden Fall, Entschädigung in Geld statt.

Unter welchen Voraussetzungen Wiederherstellung des früheren Zustandes unmöglich oder zur Entschädigung des Berechtigten nicht ausreichend ist, hängt von den einzelnen Tatumständen ab. Es erübrigt sich daher eine genauere Erörterung.

Der Ersatzpflichtige hat nach § 251 den Gläubiger in Geld zu entschädigen. Die Höhe der Ersatzsumme richtet sich nach dem entstandenen Schaden. Welcher Schaden ist jedoch durch Vernichtung der Sache entstanden? A hat sein Eigentum, B sein Pfandrecht verloren, C ist beiden ersatzpflichtig, beiden hat er den ihnen entstandenen Schaden zu ersetzen. „Der Schaden ist gleich dem Betrage, um den die Gesamtsumme des betroffenen Vermögens infolge eines Ereignisses geringer ist, als sie ohne dies zur Zeit sein würde. Schaden ist demnach identisch mit Interesse“ [1]). Entgegen dieser Auffassung des Schadens als abstrakte rechnerische Größe möchten Oertmann [2]) und Walsmann [3]) den Schaden als eine reale Größe betrachtet wissen. Sie sagen deshalb: „Schaden ist die Einbuße, die das Rechtssubjekt in Gestalt der Entziehung oder Beschädigung eines Vermögensanteils am Vermögen . . . erlitten hat“ [4]). Wenn

[1]) Windscheid-Kipp, II § 257; Degenkolb, Arch. ziv. Pr. 76, 1 ff.; Fischer 22 ff.

[2]) Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 6 ff.; Schuldverhältnisse 27 ff.

[3]) Walsmann, Compensatio lucri cum damno. Inaug. Dissert. Rostock 1900 S. 10.

[4]) Oertmann, Schuldverhältnisse 27.

auch meines Erachtens diese letzte neuere Lehre die richtigere ist, so muß ich es mir doch leider versagen, in diesem Zusammenhange eine genauere Begründung zu geben, zumal da der Unterschied dieser beiden Lehren für die folgende Betrachtung ohne Einfluß ist, die ja unter der Annahme erfolgt, daß Naturalherstellung nicht möglich ist. Bei Vermögensschäden, deren Ersatz nur in Geld geschehen kann, ist also der Schadensbetrag identisch mit Interesse. Daraus folgt, daß die Schätzung des Schadens nicht zu erfolgen hat nach dem Verkaufswerte des Gegenstandes, sondern zu berechnen ist nach dem subjektiven Werte, nach dem Werte, der sich in dem Gegenstande für den Gläubiger verkörperte. Hiernach ist im allgemeinen zu folgern, daß der Pfandgläubiger B nur in Höhe seiner Forderung, auf Grund deren das Pfand bestellt ist, einen Ersatzanspruch geltend machen kann und nicht ist er dazu berechtigt, wie man wohl aus § 1227 BGB. entnehmen könnte[1]), generell den ganzen, dem Eigentümer entstandenen Schaden, also den vollen Sachwert zu verlangen. Auf dieses Ergebnis weisen auch die Motive[2]) hin: „Der Umstand, daß das Interesse des Plandgläubigers ein Pfand- und Sicherungsinteresse und nicht ein Eigentums- oder Nutzungsinteresse ist, wird auf die Feststellung des zu ersetzenden Schadens . . . . . Einfluß ausüben." Dieses Pfand- oder Nutzungsinteresse kann aber nie den Betrag übersteigen, für den das Pfandrecht nach § 1210 BGB. haftet[3]). Es ist in keinem von all den Grundsätzen, die das Bürgerliche Gesetzbuch über das Faustpfandrecht aufstellt, davon die Rede, daß das Pfandrecht sich auf die Ersatzansprüche des Eigentümers gegen Dritte erstreckt[4]).

Deckt sich jedoch in jedem Falle der Schaden, den der Pfandgläubiger erleidet, mit dem Pfandinteresse? Es

[1]) Plank, Kommentar S. 676.

[2]) Motive, Band III S. 809.

[3]) Staudinger, III S. 966 Anm. 1 b zu § 1227 BGB.

[4]) Vgl. Püschel S. 49 ff. Dieser berichtet über dahingehende Vorschläge nach Erscheinen des ersten Entwurfes und über entsprechende Anträge bei Beratung der zweiten Kommission.

möge hierbei zunächst kurz auf die Beantwortung der Frage eingegangen werden, ob die Insolvenz des Schuldners von Einfluß sein könnte. Dies ist wohl ohne weiteres zu verneinen, auch wenn angenommen würde, daß infolge der Zahlungsunfähigkeit Konkurs gegen A eröffnet wäre, denn nach § 48 KO. hat der Faustpfandgläubiger an der ihm rechtsgeschäftlich bestellten Pfandsache ein Absonderungsrecht. Er könnte sich daher, sofern der Gegenstand nicht vernichtet worden wäre, trotz der Konkurseröffnung vollauf befriedigen.

Von gewisser Bedeutung dagegen ist der Umstand, daß die Schuldklage verjährt ist. Nach der herrschenden Ansicht bleibt das Pfandrecht trotz der Vorschrift des § 1254 BGB. bestehen, weil gemäß § 223 BGB. in diesem Falle § 1254 BGB. außer Anwendung bleibt. Da die Verjährung sich nur zwischen dem Anspruchsberechtigten und dem Anspruchsgegner vollzieht, so sind nur diese berechtigt, dem geltend gemachten Anspruche die Einredeverjährung entgegen zu stellen. Hieraus geht hervor, daß der schädigende dritte C sich nicht auf die Verjährung der Schuldforderung berufen kann. Auch der Hinweis darauf, daß der Gläubiger durch seine Handlung keinen Schaden erlitten habe, weil ja die Schuldklage des Gläubigers durch die Einrede des Schuldners abgewiesen werden könnte, ist nicht berechtigt, da immerhin doch eine Schuld weiter besteht, die zwar nicht „klagbar“ aber doch „zahlbar“ ist, deren Erfüllung nicht als Schenkung angesehen wird. Freilich in einer Beziehung ist der Schaden des B doch geringer. Nach § 1210 BGB. haftet das Pfand für die Forderung in deren jeweiligem Bestand, insbesondere auch für die Zinsen. Diese dürfen nun aber nach § 224 BGB. nach Verjährung des Hauptanspruches nicht mehr geltend gemacht werden. Wofern also sonst der Gläubiger den vollen Zinsbetrag neben der Forderung verlangen konnte, ist er hier beschränkt auf die Zinsen, die ihm bis zur Verjährung der Forderung zustanden.

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß nach Tilgung der Pfandforderung der Pfandgläubiger B verpflichtet ist, wie

aus den §§ 1223, 1214, 1215 BGB. hervorgeht, dem Pfandschuldner die Pfandsache zurückzugeben. Angenommen daher, B hätte von C den Betrag in Höhe seiner Forderung gegen A erhalten, so könnte nun hiernach A von ihm Herausgabe des Pfandobjekts verlangen. Da dieses nicht mehr möglich ist, so ist doch wenigstens aus dem obigen zu entnehmen, daß A von B Ersatz des dadurch erlittenen Schadens, also Herausgabe der Hyperocha verlangen könnte. Aus dem Grunde erscheint es gerechtfertigt, obwohl dem Pfandgläubiger an und für sich nur ein Schaden in Höhe seiner Pfandforderung zugefügt worden ist, ihm eine Klage auf den vollen Sachwert des zerstörten Gegenstandes zu geben, sofern Naturalrestitution nicht möglich ist und die Entschädigung in Geld zu erfolgen hat[1]).

Was nun die Ersatzansprüche des Pfandeigentümers A anbetrifft, so gelangt man, wenn man dem Prinzip des reinen Interesseersatzes folgt, wie es z. B. Jhering vertritt, zu dem Ergebnisse, daß der Eigentümer nur die Differenz von Sachwert minus dem darauf lastenden jus in re aliena beanspruchen kann. Sofern man sich nicht auf diesen streng abstrakten Standpunkt stellt, hindert meines Erachtens nichts, dem Eigentümer einen Anspruch auf vollen Ersatz des Sachwertes zu geben, freilich mit der Beschränkung, wie sie ja durch die Natur und das Bestehen des Pfandrechts bedingt ist, nämlich „daß A bis zur Höhe des Betrages, für den das Pfand nach § 1210 BGB. haftet, nur Auslieferung an den Pfandgläubiger verlangen kann; darüber hinaus kann er den ihm entstandenen Schaden unbeschränkt geltend machen und Auszahlung an sich selbst fordern[2]).

Die obige Darstellung ging von der Voraussetzung aus, daß Ersatz des Schadens durch Naturalherstellung nicht möglich ist. Ist nun eine Genussache beschädigt oder vernichtet, so kann vom Übeltäter statt des Geldersatzes ein

---

[1]) Neumann, Komment. Bd. I S. 849.
Windscheid-Kipp, Bd. I S. 1069 § 235 Note 4.
Plank, Komment. § 1227 Erl. 2b S. 775.

[2]) Püschel, Pfandklage S. 53.

neues Exemplar gleicher Art und Güte gefordert werden. Es erhebt sich dann die Frage, wer von den beiden Berechtigten beanspruchen kann, daß an ihn die Sache ausgeliefert werde. Der Eigentümer A ist ohne weiteres hierzu berechtigt, nicht so der Pfandgläubiger B. Er darf, wie oben gezeigt ist, an und für sich nur sein Pfandinteresse geltend machen. Eine Ausdehnung auf den vollen Sachwert, wie bei Forderung des Geldersatzes, erscheint in diesem Falle nicht berechtigt, weil dadurch, daß B den Gegenstand erhält, nicht seine Schuldforderung getilgt wird. B würde also, wenn er eine andere, gleichwertige Sache verlangen würde, zuviel fordern. Einen Ausweg zeigt hier § 249 BGB. Satz 2: „Ist wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.“ Der Gläubiger hat die facultas alternativa zwischen Naturalrestitution und Entschädigung in Geld. B ist also auch in diesem Falle berechtigt, statt Naturalrestitution Geldersatz zu fordern. Die Höhe des Betrages richtet sich folgerecht wieder nach dem Sachwerte des verpfändeten Gegenstandes.

§ 19, III.

In welchem Verhältnis stehen die Ansprüche des A und des B gegen C zueinander?

Es möge zunächst gestattet sein, das Resultat der letzten Ausführungen zusammenzustellen: Der Pfandeigentümer A hat bei Beschädigung der Pfandsache einen Anspruch auf Wiederherstellung und sofern diese nicht möglich oder zum Ersatz des Schadens nicht ausreichend ist, einen Anspruch auf den vollen Sachwert des Pfandes in Geld oder in natura. Ebenso steht dem Pfandgläubiger unter denselben Voraussetzungen ein Anspruch auf Wiederherstellung oder auf Ersatz des vollen Sachwertes — jedoch nur in Geld — zu. Dieses letztere aber allein unter der Voraussetzung, daß B dem Pfandeigentümer zur Herausgabe der Pfandsache verpflichtet war. In dem Falle also,

in dem der Pfandgläubiger bei der Verpfändung nur der mittelbare Besitz übertragen worden war, ist er auf sein Pfandinteresse beschränkt.

Daß außerdem beide Berechtigte den noch etwa ihnen weiterhin entstandenen Schaden von dem Schädiger ersetzt verlangen können, geht deutlich daraus hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkte der sogenannten „relativen Ästimation“ des Schadens steht. Es erübrigt sich eine weitere Erörterung darüber auch aus dem Grunde, da die Höhe dieser Forderung vollkommen von den jeweiligen Tatumständen abhängt.

Was nun die Wechselbeziehungen der den beiden Berechtigten A und B zustehenden Ansprüche betrifft, so ist zu unterscheiden:

Gehen die Ansprüche auf dieselbe Leistung, Reparatur oder Geldersatz — hierunter ist auch der Fall zu rechnen, daß A Ersatz in natura erhält — so braucht diese Leistung nur einmal gemacht zu werden. Wird nämlich Reparatur der Sache geschuldet, so wird C dadurch, daß er dem Verlangen des B z. B. nachkommt und die Reparatur ausführt resp. ausführen läßt, auch dem A gegenüber von seiner Verpflichtung befreit. Denn durch die Reparatur wird das Interesse des zweiten Gläubigers mitbefriedigt und es würde die causa fehlen, die einen nochmaligen Anspruch auf Reparatur rechtfertigt. Daneben tritt die rein praktische Erwägung, daß, wenn einmal eine Ausbesserung an einer Sache vorgenommen worden ist, derselbe reparierte Schaden nicht noch einmal ausgebessert werden kann, also dieser sich zum mindesten in einem Anspruch auf Geldersatz umwandeln müßte, der aber, wie oben ausgeführt, wegen des nun mangelnden Interesses hinfällig wird. Das Gleiche gilt auch dann, wenn von einer Seite Geldersatz gefordert wird, denn B ist auf Grund seiner Erstattungspflicht gehalten, dem Eigentümer nach Befriedigung seiner Forderung die Hyperocha herauszugeben und ebenso ist, worauf schon oben hingewiesen ist, A verpflichtet, seinen Anspruch in Höhe der For-

derung an den Gläubiger abzutreten. Es zeigt sich demnach, daß Leistung an den Pfandgläubiger den Anspruch des Eigentümers, Leistung an den Eigentümer den Anspruch des Pfandgläubigers tilgt. Pfandgläubiger und Eigentümer sind also in diesem Falle Gesamtgläubiger, da „beide die Leistung in der Weise zu fordern berechtigt sind, daß jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist". (§ 428 BGB. [1])

Steht jedoch dem Pfandgläubiger B nur ein Anspruch in Höhe seines Pfandinteresses zu und hat er diesen geltend gemacht, so ist der Pfandschuldner A, sofern B den geforderten Betrag erhalten hat, allein berechtigt, die Hyperocha noch zu verlangen, da ihm ja in diesem Falle sein Schaden bis zur Höhe der Pfandforderung schon gedeckt ist. Umgekehrt gilt, daß eine Klage des B hinfällig wird, sobald A seinen Anspruch auf vollen Sachwert geltend gemacht und in Höhe seiner Schuld Auslieferung an die Gläubiger gefordert hat, denn auch hier hat B keinen Schaden erlitten.

Alle etwaigen weiteren Schäden, die dem A oder B durch die Handlung des C zugefügt sein können, sind naturgemäß unabhängig hiervon von dem einzelnen Berechtigten geltend zu machen.

Nach dieser mehr allgemein gehaltenen Erörterung ist es noch erforderlich, näher auf die oben festgestellte Gesamtgläubigerschaft zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer einzugehen, um hieraus ein klares Bild von den Wechselbeziehungen zu gewinnen, die zwischen den beiden Ansprüchen bestehen.

Als Gesamtgläubiger ist A sowohl wie B berechtigt, für sich und unabhängig voneinander seinen Anspruch im Wege der Klage geltend zu machen. Nach § 428 S. 2 BGB. kann, wenn der eine Gläubiger gegen den Schuldner geklagt hat, der zweite Gläubiger trotzdem noch einmal

[1]) Über die Folgerungen, die hieraus zu ziehen sind, vgl. Isay S. 65 ff.

Klage erheben. Denn es bestehen hier zwei selbständige Forderungen nebeneinander; es liegt materiell nicht dieselbe Streitsache vor, so daß also der Einwand der Rechtshängigkeit, wie aus § 263 ZPO. hervorgeht, unbegründet wäre [1]). Demnach wäre noch weiter zu folgern, daß wenn auch z. B. B im Klagewege ein obsiegendes Urteil erfochten hätte, A dennoch nicht gehindert wäre, seinen Anspruch gegen C ebenfalls geltend zu machen. Dieses Recht erlischt erst durch Leistung des C entweder an B oder an A. Gleichgültig ist, an welchen von den beiden Berechtigten die Leistung direkt geschieht, das liegt im Belieben des C.

Es war bisher nur davon die Rede, daß Leistung an den einen Berechtigten auch den Anspruch des anderen Berechtigten tilgt. Daneben ist jedoch nach § 429 BGB. auch anderen Tatsachen gesamtzerstörliche Wirkung zuzuschreiben. Daß den Erfüllungssurrogaten: Hinterlegung, Aufrechnung, Hingabe an Erfüllungsstatt dieselbe Stellung wie der Erfüllung durch Leistung eingeräumt wird, erscheint auch für den vorliegenden Fall ohne weiteres begründet. Es erübrigt sich demnach ein genaueres Eingehen [2]). Nicht so ist dieses der Fall bei der Konfusion, beim Gläubigerverzug und beim Erlaß. Hier ist es erforderlich, das Innenverhältnis darzustellen, das zwischen den beiden Berechtigten besteht. Gleichzeitig möge, im Anschlusse hieran und als Einleitung zu dem nachfolgenden, einem Bedenken entgegengetreten werden, das gegen die vorliegende Deduktion, nämlich daß es sich hier überhaupt um eine Gesamtgläubigerschaft handle, erhoben werden kann.

---

[1]) Vgl. die Ausführungen von Thur, Allg. T. des bürgerl. Rechts S. 88.

[2]) Zweifelhaft kann sein, ob, wenn das Schuldverhältnis infolge einer Hingabe an Erfüllungsstatt an einen der Gesamtgläubiger erloschen ist, dieser den übrigen Gläubigern einen verhältnismäßigen Anteil des an Erfüllungsstatt erhaltenen oder dasjenige zu gewähren hat, was er ihnen zu gewähren verpflichtet wäre, wenn er die geschuldete Leistung selbst erhalten hätte. In Ermanglung einer besonderen Bestimmung wird ein Gesamtgläubiger gegenüber den anderen Gesamtgläubigern nicht für berechtigt zu erachten sein, den Inhalt des Schuldverhältnisses zu ändern. Plank S. 324.

Es ist mit Absicht bislang noch nicht die Rede davon gewesen, da das bis jetzt Gesagte sich wenig auf dem Boden der Gesamtgläubigerschaft selbst aufbaute, und ein gleiches Resultat sich ergeben hätte, wenn ein solches Verhältnis nicht vorläge. Es wird gemeinhin als essentiale des Gesamtgläubigerverhältnisses eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über den Betrag der dem einzelnen zustehenden Leistung erfordert. Diese Verständigung, eine Art causa der bedungenen Solidarität, kann von jeder möglichen Art sein, sie muß jedoch vorausgesetzt werden, wie aus § 430 BGB. hervorgeht. Ist nun dies Erfordernis im vorliegenden Falle erfüllt? Oben war festgestellt, daß eine Gesamtgläubigerschaft aus dem Grunde vorliege, da Pfandgläubiger zur Herausgabe der Hyperocha, Eigentümer zur Abtretung des Schuldbetrages verpflichtet wäre, und demgemäß Leistung an den einen auch das Interesse des anderen mitbefriedigt. Diese Ausgleichungspflicht beruht auf den bis zur Vernichtung der Sache vorhanden gewesenen dinglichen Pfandvertrag. Eine eigentliche Vereinbarung liegt also nicht vor. Denn es hat wohl keiner der Beteiligten bei der Pfandbestellung daran gedacht, daß das Pfandobjekt von einem Dritten in doloser Weise zerstört werden würde. Und eine spätere Verständigung hat nicht stattgefunden. Aber sie ist wohl aus dem Wesen des Pfandvertrages selbst zu subsumieren. Aus dem dinglichen Pfandvertrag entsteht zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger ein gesetzliches Haftungsverhältnis, das bestimmte Schuldverbindlichkeiten nach Art eines obligatorischen Realvertrages ausscheidet. Danach sind die Beteiligten, wie Endemann ausführt[1]), wechselseitig verpflichtet, in bezug auf das Pfandverhältnis die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden, die Beurteilung im einzelnen untersteht dem allgemein gültigen Grundsatz von Treu und Glauben. Also eine Art obligatorisches Verhältnis ist zwischen den beiden Beteiligten anzunehmen, nämlich ihre gegenseitige Haftungspflicht. Auf ihr Bestehen gründet

[1]) Endemann, Sachenrecht Bd. II 1 S. 915.

sich die Annahme einer Gesamtgläubigerschaft. Denn ist doch hierin auch eine Vereinbarung über die Verteilung der dem einzelnen in betreff des Pfandobjektes zustehenden, wenn auch erst nach Pfandbestellung entstandenen Anspruchs zu erblicken.

Hieraus ist aber auf unseren Ausgangspunkt zurückkehrend noch weiter zu folgern:

Erstens: Ist Confusion eingetreten, also die Schuld auf A oder B z. B. durch Erbgang übergegangen, so ist jeder weitere Anspruch gegen C resp. dessen Erben untergegangen. Denn auf Grund der Ausgleichungspflicht ist derjenige, in dessen Person die Confusion eintritt, gehalten, den anderen Berechtigten, so weit sein Ausspruch ausgefallen ist, zu entschädigen. Diese Regelung erscheint nicht unbillig. Denn beim Erbgang, dem Hauptfalle der Confusion, steht es ja dem Erben bei ungenügender, nicht ausreichender Masse frei, die Erbschaft auszuschlagen[1]).

Zweitens: Im betreff der Verzugswirkung tritt diese nach § 429 BGB. auch in der Person des andern Berechtigten ein. Zu überlegen wäre hier, ob derjenige, welcher in Annahmeverzug geraten ist, dem andern den etwa hieraus entstandenen Schaden ersetzen müßte. Ohne weiteres dürfte letzteres nicht anzunehmen sein, sondern infolge der Mannigfaltigkeit der Komplikationen, die hier eintreten könnten, sind drei Hauptfälle zu unterscheiden. Auszugehen ist von dem Umstande, daß der Gläubigerverzug im Gegensatz zum Schuldnerverzug nach der Regelung, die jener im BGB. gefunden hat, auch ohne Verschulden des Gläubigers eintreten kann. Nach dem oben über das Innenverhältnis der beiden Berechtigten, A und B, Gesagten, ist dagegen nur dann eine gegenseitige Ersatzpflicht zu konstruieren, wenn auf einer Seite ein Verschulden vorliegt. Demnach ist zunächst der Fall auszu-

[1]) § 429 Abs. 2 BGB. steht mit § 425 Abs. 2 BGB. im Widerspruch. Binder S. 586, Plank Anm. zu 429, Stammler S. 260. Dieser Widerspruch erklärt sich nach Binder daraus, daß man beim § 429 Abs. 2 BGB. nur den Fall vor Augen gehabt hat, daß ein Gesamtgläubiger den gemeinsamen Schuldner beerbt, nicht den umgekehrten Fall.

scheiden, in dem keinen der Parteien ein Verschulden trifft. Hier ist keine Ersatzpflicht gegeben; den etwa eintretenden Schaden haben beide Berechtigte gemeinschaftlich zu tragen. Nicht berechtigt erscheint mir daher die Folgerung von Isay[1]) zu sein, der stets denjenigen, der die Erfüllung des Anspruches an sich gefordert hat, auch für einen etwa eintretenden Verzug haften läßt. Es kann nun aber auch ein Verschulden gegeben sein

a) in der Person des Gläubigers durch dessen Verhalten der Verzug herbeigeführt wird,

b) in der Person des Gläubigers, gegen den infolge der Gesamtgläubigerschaft die Wirkungen des Verzuges gleichfalls eintreten.

In diesen beiden Fällen trifft naturgemäß die Ersatzpflicht stets den von den beiden Berechtigten, der den Verzug verschuldet hat. Liegt schließlich ein beiderseitiges Verschulden vor, so hängt die Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe auch nur von einem Teil Ersatz geleistet werden soll, von den einzelnen begleitenden Umständen ab, ist also allgemein nicht zu entscheiden.

Drittens: Es bleibt noch übrig die Frage zu erörtern, ob für den vorliegenden Fall dem Erlaß gesamtzerstörliche Wirkung einzuräumen ist. Ich möchte diese Frage bejahen. Denn derjenige, der den Erlaßvertrag abschließt ist für verpflichtet zu erachten, auf Grund des Gesamtgläubigerverhältnisses dem anderen denselben Betrag zu gewähren, den er hätte gewähren müssen, wenn die Leistung des geschuldeten Gegenstandes an ihn erfolgt wäre. Er kann sich von dieser Verpflichtung auch nicht wie Schollmeyer[2]) infolge seiner Auffassung von der hier fraglichen Verpflichtung als einer Verpflichtung zum Schadenersatz annimmt, durch den Nachweis befreien, daß die Einziehung der Forderung auch ohne den Erlaß keinen Erfolg gehabt haben würde.

---

[1]) Isay S. 77.

[2]) Erläuterung 2b zu § 430 BGB.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H. Gräfenhainichen.